

LES GARANTIES PERSONNELLES EN MATIÈRE BANCAIRE

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit
de l'Université de Genève
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

PIERRE ANDRÉ GILLIÉRON

de

SERVION, RIVAZ ET GENÈVE

THÈSE N° 516

GENÈVE

Imprimerie du « Journal de Genève »

1958

En vente à la Librairie Droz, 8, rue Verdaine, Genève

LES GARANTIES PERSONNELLES EN MATIÈRE BANCAIRE

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit
de l'Université de Genève
pour obtenir le grade de docteur en droit

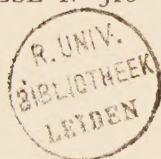
par

PIERRE ANDRÉ GILLIÉRON

de

SERVION, RIVAZ ET GENÈVE

THÈSE N° 516



GENÈVE

Imprimerie du « Journal de Genève »

1958

La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente dissertation sans émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 16 mai 1956.

Thèse N° 516

Le Doyen :
Walter YUNG.

*HOMMAGE
A MON PÈRE*

M. LOUIS GILLIÉRON († 1952)
Directeur Général
de la Société de Banque Suisse



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

De toutes les institutions du droit, les garanties sont celles sans doute qui mettent les banques aux prises avec les plus grandes difficultés. Depuis longtemps, en effet, il règne parmi les instruments de crédit une certaine confusion ; les notions n'y sont point définies selon des critères sûrs, la jurisprudence des tribunaux est flottante, et l'on se trouve parfois placé devant des incertitudes qui nuisent au bon entendement du droit. Il faut dire que le système des garanties n'a jamais fait jusqu'ici l'objet d'une étude juridique d'ensemble, au moins dans la doctrine de langue française. D'autre part, l'application des sûretés personnelles s'est compliquée, dans la pratique, du jour de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur le cautionnement en Suisse ¹. La revision du titre XX^e du Code des Obligations, en altérant sensiblement le caractère du cautionnement, a tout naturellement incité les banques à rechercher d'autres formes de garanties mieux adaptées aux exigences d'une saine distribution du crédit. C'est alors qu'est apparu, dans toute son acuité, le problème de la substitution des garanties, c'est-à-dire du remplacement du cautionnement par d'autres sûretés, de conception plus franche, de forme plus simple et d'un emploi plus sûr (porte-fort, reprise de dette ou aval). Jusqu'ici la seule question qui pouvait se poser était de savoir si, dans un cas donné, l'on était bien en présence d'un acte de cautionnement, ou si l'on n'avait pas affaire à une autre garantie. Bien qu'apparaissant sous des traits identiques, ces contrats pouvaient, en effet, aboutir à des résultats essentiellement différents. Cette

¹ Loi fédérale du 10.12.41 portant révision du titre XX du Code des Obligations, publiée au Recueil officiel des Lois, 1942, pp. 279 et 646.

question d'ailleurs n'était pas particulière au droit suisse ; on la retrouvait la même, dans le droit allemand, qui a dû surmonter des difficultés analogues à propos de la distinction à faire entre l'ordre de crédit et le cautionnement ¹.

On ne saurait nier aujourd'hui que le problème de la validité des actes juridiques utilisés en lieu et place du cautionnement, n'ait sa cause profonde dans quelque maladresse législative. Il est contraire à toute logique de vouloir régler de manière différente des contrats dont le contenu est semblable, ou du moins dont la fonction économique est la même. Prétendre soumettre le cautionnement à des règles de formes strictes et impératives, alors que le porte-fort et la reprise de dette en sont exemptés, c'est inévitablement semer la confusion dans les esprits et ouvrir la porte à tous les abus. Lorsqu'on cultive le droit, on ressent profondément ses erreurs et l'on déplore plus encore ses effacements. Dans cette étude, tous nos efforts ne tendront donc qu'à rechercher une solution harmonieuse à ce problème, solution qui devra avant tout tenir compte de la volonté souveraine du législateur, mais en respectant le droit de libre disposition des parties — que celles-ci soient les banques, l'industrie, le commerce ou le simple particulier ².

Le moment semble d'ailleurs bien venu pour se livrer à une étude d'ensemble du sujet, puisque les plus importants travaux sur la revision du cautionnement sont parus et que le recul est désormais suffisant pour faire le point de la situation. Une de nos premières préoccupations sera donc de juger des résultats obtenus par l'application du nouveau droit et d'apprécier la valeur des réformes introduites par le législateur. Mais nous n'aurons garde d'oublier que l'institution même du cautionnement est uniquement prévue dans la loi à des fins de garantie et qu'elle représente le type le plus achevé de la sûreté personnelle ; il est par conséquent normal que nous la placions au centre

¹ Cf. à ce sujet VON TUHR, dans *SJZ*, 19, 1923, pp. 225 ss.

² *Ad huc sub iudice lis est* : le Tribunal fédéral n'a encore jamais eu à se prononcer sur ce point, au moins d'une manière générale et définitive.

de notre étude comme point de repère et de rattachement pour toutes les autres formes de garanties ¹.

Nous avons dit que la confusion au sein des institutions de garantie était générale. Elle se marque surtout dans l'emploi des termes, qui ne sont point toujours différenciés comme ils devraient l'être dans la pratique. Il est vrai que le concept de garantie n'a fait jusqu'ici l'objet d'aucune définition légale. D'autre part, la terminologie bancaire s'écarte assez souvent, et d'une manière sensible, de la terminologie juridique ; car c'est un fait bien connu que les banques aiment à se servir d'un langage exclusivement à elles ². Toutes ces circonstances, à la vérité, n'ont guère favorisé la formation d'une unité de doctrine. C'est ainsi qu'il arrive couramment que les banques disent « garantir » pour « cautionner », ou qu'elles se trouvent même parfois si peu au clair sur le sens de ces termes qu'elles les utilisent conjointement pour se couvrir dans toutes les éventualités. Il n'est pas jusqu'à la Confédération qui ne se serve dans ses actes de la formule double et un peu équivoque d'« engagement de cautionnement et de garantie ». Pour surprenante qu'elle soit, la tautologie n'en est pas moins significative : les intéressés cherchent visiblement à se protéger d'avance contre une interprétation défavorable de la convention. Mais ce n'est peut-être pas le meilleur moyen d'y parvenir, car chacun sait que les expressions utilisées par les parties ne sont nullement déterminantes pour le juge, au regard du sens et de la portée de l'acte juridique conclu ³. Dans le monde des affaires, il arrive même qu'on emploie à dessein un terme pour un autre, appelant garantie ce qui n'est que cautionnement, ou cautionnement ce qui n'est que porte-fort, afin de bénéficier d'une tournure neutre, avantageuse même dans certains cas (appellation générique), ou à la rigueur pour se prémunir contre le discrédit que d'aucuns

¹ Cf. le chapitre consacré au cautionnement dans cet ouvrage (chap. X., pp. 141 ss.).

² Cf. OFTINGER, *Über Bankgarantien*, SJZ, 38, 1941, pp. 58 ss. Voir aussi *Handbuch des Bank-, Geld- und Börsenwesens der Schweiz*, 1947.

³ CO art. 18 ad 1 ; cf. aussi ATF 65 II 346.

attachent au terme de cautionnement ¹. Mais la situation inverse peut également se présenter : il n'est pas rare que des tribunaux, partant de critères objectifs, désignent comme cautionnement un acte que les parties avaient conclu sous la simple promesse de « garantir » un tiers ou de se « porter fort », voire de « s'engager comme débiteurs solidaires » ². Enfin, il se peut qu'en marge d'une opération donnée, les banques demandent à leurs clients, sans trop y prendre garde, de leur remettre une « déclaration de garantie » conçue en termes tout à fait généraux, dans la seule idée de renforcer l'acte qu'elles s'apprêtent à conclure. Or, il arrivera assez fréquemment que devant les tribunaux, cette déclaration, dont la nature juridique n'avait pas été précisée à l'origine, ne réponde pas aux conditions de forme ou de fond fixées par la loi et doive par conséquent être regardée comme nulle et non avenue. C'est là un très grand risque, dont les services spécialisés des banques ne tiennent en général pas suffisamment compte.

Il est essentiel aussi que le garant connaisse bien le caractère de l'engagement auquel il entend souscrire, s'il veut savoir dans quelles conditions il peut être un jour appelé à payer. L'exigibilité de la garantie est un élément capital du contrat, qui est étroitement lié à sa nature juridique et ne peut se régler qu'avec elle. Faute d'avoir précisé ce point assez à l'avance, les parties ne pourront, le moment venu, se mettre d'accord sur la date de l'entrée en vigueur du contrat, et l'ouverture d'une instance judiciaire deviendra quasi-inévitable ³. Il est donc de première importance de fixer d'entrée de cause, c'est-à-dire dès la naissance de l'acte — en même temps qu'on en règle la forme et les effets — sa nature juridique.

Mais ce n'est pas tout. Il n'est pas rare de notre temps que le mot de « cautionnement » soit utilisé dans la langue

¹ Cf. *Handbuch des Schweiz. Volkswirtschaft*, 1939, I, p. 177, et JÖHR, *Die Schweiz. Grossbanken und Privat-bankiers*, p. 52.

² Cf. ATF 66 II 26, 65 II 30, 64 II 346.

³ Voir un cas : ATF 36 II 379.

vivante sous des acceptions très différentes. La législation française, par exemple, se sert du terme de « caution » dans le sens de dépôt d'une somme d'argent, autrement dit de consignation, alors que cette opération représente une pure sûreté réelle ¹. C'est ainsi que la Cour de Cassation a tenu à préciser, dans un de ses arrêts, que le cautionnement servant de garantie à des obligations assumées en vertu d'une charge officielle constituait bien « un gage régulier » ². Ailleurs, dans le prospectus d'émission d'un emprunt hypothécaire, on trouve également cette clause tout à fait caractéristique que « les domiciles de souscription peuvent exiger un versement de 5% du montant nominal souscrit à titre de caution » ³. Il s'agit évidemment dans ce cas d'un versement d'arrhes en espèces, qui n'a plus aucun rapport avec les sûretés personnelles. Dans une hypothèse comme dans l'autre, nous sommes bien loin de l'acception, que nous avons faite nôtre tout d'abord, du cautionnement conçu comme un simple instrument de crédit (CO art. 492 ss.).

L'étude que nous entreprenons sera donc tout entière dominée par la notion de garantie. Cette notion pénètre si profondément dans toutes les sphères de l'activité humaine qu'il n'est pas toujours facile de la dépouiller des contingences d'ordre moral, social ou économique, qui l'alourdissent et la compliquent. Si l'on voulait en faire un sujet purement juridique et l'étudier à la lumière de cette discipline particulière, il faudrait en rechercher les manifestations dans des domaines très étendus du droit. Dans la vie pratique, il existe une variété presque infinie de garanties, qui revêtent des aspects multiples et divergents, et qui s'adaptent à toutes les circonstances. Aussi, une ségrégation des cas — pour qui voudrait l'entreprendre — se heurterait-elle à des difficultés considérables. Néanmoins, nous nous

¹ Cf. par ex. *Code de Commerce Dalloz*, appendice, p. 444, dans la « loi concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux ».

² Cf. *Code civil français*, Dalloz, Jurisprudence du 12.12.1890, ad art. 2071.

³ Cf. Emission de l'Energie Electrique de Catalogne, prospectus, Paris 1914.

sommes efforcé, tout au long de ce travail, de ramener les principales garanties à quelques notions claires, simples, fondamentales, qui nous permettent d'en dégager les grandes lignes générales. A la base, nous poserons comme premier principe que les sûretés utilisées par les banques restent normalement soumises aux règles du droit commun. Il est vrai que les opérations de banque sont souvent une pure création de la pratique, et qu'elles se trouvent parfois en opposition avec les enseignements traditionnels du droit. Pourtant, même s'il n'est pas toujours aisé de préciser la nature juridique des garanties, il n'est nullement besoin d'édifier dans les banques une nouvelle théorie des droits et des obligations qui en découlent : une caution, un portefort ou un aval peuvent tout aussi bien garantir les droits de n'importe quel créancier que ceux d'un banquier. A cet égard, il ne fait pas de doute que l'étude des garanties reste intimement liée à celle du droit civil ordinaire ; les sûretés peuvent être l'accessoire de toute obligation, quels qu'en soient la cause et les effets, sans être du domaine exclusif des banques. Le banquier qui se fait remettre des garanties agit comme n'importe quel particulier, qui estime ne pas pouvoir s'en tenir à la seule signature de son débiteur, mais cherche à renforcer sa sécurité par l'intervention d'un tiers. Si les règles du droit civil ordinaire s'appliquent en première ligne à la garantie, il n'en reste pas moins que tout le chapitre du cautionnement constitue une législation à part, qui se distingue par ses préceptes rigides et ses dérogations fréquentes aux principes généraux du droit. D'autre part, il est notoire que les normes applicables à la garantie sont, en général, peu claires et mal définies. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne laisse pas d'être décevante sur ce point. Appelés à se prononcer sur des cas-limites les juges en sont souvent venus à trancher *ex-aequo et bono* et n'ont pas hésité à laisser succomber le parti le plus fort, qui était celui des banques et des grandes compagnies d'assurances ¹. C'est sous ces

¹ Sans tenir compte naturellement si celles-ci étaient créancières ou cautions. Cf. un cas : *Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100 (ATF du 19.11.1941).

auspices législatifs et jurisprudentiels peu favorables — bien que fort intéressants du point de vue critique — que se place le fond de notre problème. Trouver le principe directeur qui permette d'éliminer ces contradictions dans la jurisprudence, tout en atténuant les divergences dans la doctrine, est certes une tâche périlleuse ; nul doute cependant qu'elle ne vaille d'être entreprise, dût-elle se résoudre parfois en quelques avis ou suggestions, qui ne prétendent d'ailleurs nullement représenter une opinion définitive.

Mais on ne répétera jamais assez que le problème de la garantie offre pour le commerce des banques un intérêt primordial. Prise dans son sens large, la garantie constitue tout d'abord l'accessoire normal et indispensable de toute opération de crédit. En fait, il ne se trouve guère d'affaire aujourd'hui qui se conçoive et se conclue sans garantie. Et puisqu'on dit bien souvent que « les affaires, c'est l'argent des autres », il est d'évidence même que les banques doivent toujours disposer de moyens de protection suffisants, si elles veulent être maintenues dans leur véritable rôle de distributrices de crédit. C'est grâce au système des garanties que le banquier peut trouver la sécurité qu'il lui faut pour l'emploi de ses fonds. Mais cette sécurité profite directement à son client, puisque ce dernier bénéficiera à son tour de conditions plus avantageuses, les risques étant moins grands. En outre, s'il est vrai que le développement du crédit a porté de nos jours le pouvoir d'achat à un niveau encore jamais atteint, le corollaire doit en être tout naturellement que l'importance des garanties a grandi dans les mêmes proportions. Nul doute d'ailleurs que cette tendance n'ait été renforcée par cet autre élément, qui a profondément marqué de son empreinte toute notre époque moderne : le besoin de sécurité par l'élimination des risques ¹. Enfin, le développement continu des relations internationales a certainement joué aussi son rôle, puisque la sécurité du commerce extérieur a imposé la création de tout un

¹ Il n'est que de penser aux assurances sous toutes leurs formes pour s'en convaincre. Nul doute qu'il n'y ait là un signe des temps.

système de garanties nouveau, capable de parer aux risques de transfert inhérents à l'éloignement des places d'échange à travers le monde ¹.

Observons finalement que la garantie dans les banques peut revêtir un double sens, suivant le rôle qu'elle est appelée à jouer. Tantôt l'acte juridique conclu aura pour but de garantir une créance ou une avance, et l'on se trouvera dans le cas d'une sûreté *reçue* par une banque de la part de son client ; tantôt, au contraire, l'acte juridique se présentera comme une pure prestation de garantie, et l'on tombera dans le cas d'une garantie *donnée* par une banque en faveur de ses clients. Dans cette dernière éventualité, les termes de notre proposition se trouvent donc renversés : de simple créancière garantie qu'elle était tout d'abord, la banque devient alors caution. Mais, disons-le, ce type de transaction sort du cadre normal de l'activité des banques ; il convient de lui faire une place à part dans la catégorie de leurs *engagements hors bilan*. Pour transposer cette idée dans les faits, et bien marquer la différence qui existe, nous nommerons ce contrat le « crédit de garantie » ou « crédit de cautionnement », en l'opposant ainsi à la « garantie d'un crédit », que nous connaissons déjà ². Cette manière de faire ne reflète d'ailleurs pas toujours avec exactitude la réalité ; mais elle a au moins pour elle l'avantage de la simplicité ³. Comme le « crédit de garantie » n'a jamais fait jusqu'ici l'objet d'une étude juridique complète, se sera justement l'un des buts de notre exposé que de mettre en lumière ce domaine un peu particulier du droit. Question d'actualité, s'il en est, puisque les garanties

¹ Les mesures prises par la Confédération pour garantir les risques à l'exportation en sont un exemple (Cf. *FF*, 1947, p. 797). Les traites documentaires tirées sur des banques en vertu d'accréditifs confirmés en sont un autre.

² D'après la doctrine allemande qui parle de « Kautionskredit », par opposition au « Bürgschaftskredit ». Voir également : SCHIESS, dans les *Journées d'études bancaires*, p. 151, qui fait une distinction analogue entre les cautions actives et les cautions passives. Cette interprétation toutefois nous paraît discutable.

³ Cf. ci-dessous chap. V, pp. 51 ss.

des banques, stimulées par l'évolution générale que nous avons vue, ont connu ces dernières années un développement considérable.

Fidèle à la tradition romaniste la plus pure, nous maintiendrons enfin, tout au long de ce travail, une distinction très nette entre les garanties personnelles et les garanties réelles. Il est vrai que les banques se soucient peu, dans leurs opérations, d'établir un cloisonnement étanche entre ces deux catégories de garanties. Bien qu'elles correspondent toutes deux à des compartiments de crédits parfaitement différenciés, on les trouve fréquemment juxtaposées dans la pratique. Mais la distinction entre ces deux sortes de garanties trouve sa justification et sa raison d'être dans le fait qu'elles dépendent de causes économiques dissemblables et obéissent chacune à des règles juridiques propres.

D'un autre côté, l'analyse et la confrontation des diverses sûretés personnelles entre elles présentent un intérêt considérable, non seulement pour faire ressortir leurs écarts et leurs convergences, mais également pour déterminer leurs principes communs. Toutes nos recherches tendront en fait à établir jusqu'à quel point ces garanties peuvent être assimilées les unes aux autres. Par le procédé de l'interprétation analogique, la jurisprudence a déjà elle-même effectué ce rapprochement, comme les arrêts du Tribunal fédéral nous en donnent plusieurs exemples ¹. Pourtant, aucun auteur, à notre connaissance, n'a tenté jusqu'ici de réunir sous un même titre les divers contrats personnels de garantie susceptibles de s'appliquer aux banques. Il nous est apparu dès lors qu'une étude systématique du sujet pouvait présenter quelque intérêt dans ce qu'elle avait de plus inédit. A partir donc de la distinction fondamentale que nous avons posée, nous nous sommes donné pour tâche de passer en revue les divers instruments de crédit de nature personnelle, de manière à les envisager tout d'abord en eux-mêmes — c'est

¹ Cf. par ex. ATF 60 II 294 (*JdT*, 1935, pp. 72 ss.) et *Bl.Zür.R.*, 41, n° 100.

le point de vue juridique — puis sous l'angle des opérations de banque auxquelles ils se rapportent — c'est le point de vue économique.

Nous partageons, en effet, cette idée que la solution pratique des problèmes du droit des banques ne saurait être trouvée, si l'on se borne à rester sur le terrain strictement juridique. Aucune institution du droit ne peut être vraiment comprise en dehors du cadre économique qui est le sien et loin du but matériel qu'elle entend réaliser. Les incursions que nous ferons dans le domaine économique se justifieront donc chaque fois par la nécessité d'assortir la solution juridique proposée aux exigences de la vie pratique.

Enfin, nous pensons qu'il n'est pas indifférent de savoir comment l'abeille travaille et de quelles fleurs elle extrait le pollen dont elle fera son miel. Qu'il nous soit donc permis de rappeler qu'après avoir eu le privilège de travailler pendant plusieurs années dans une des grandes banques de Suisse, nous avons pu y recueillir le fruit d'expériences et le bénéfice des enseignements de la vie pratique. Les dossiers que nous avons eu le loisir de consulter nous ont heureusement permis d'étayer notre documentation sur des bases assez larges : nous nous sommes toujours efforcé d'y rechercher, sur l'essence des phénomènes bancaires envisagés, des données statistiques et pratiques qui, jointes à l'opinion d'auteurs autorisés, devaient constituer pour nous la source d'information la plus précieuse et la plus sûre. Nous espérons ainsi qu'il nous aura été possible de trouver une réponse satisfaisante aux principales questions que pose l'application raisonnée des garanties personnelles dans les banques.

Nous ne voudrions pas terminer sans remercier ici tous ceux qui ont contribué, de près ou de loin, à la réalisation de cet ouvrage. Notre pensée de reconnaissance va tout particulièrement à M. le Professeur Walter Yung, qui nous a largement fait bénéficier de ses enseignements et de ses conseils.

PREMIÈRE PARTIE

LE CRÉDIT

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE CRÉDIT

La notion de garantie se rattache étroitement à la notion de crédit. Son étude fait partie du droit du crédit ¹, dont les principes doivent être supposés connus avant que nous abordions l'examen de la garantie. Pour bien situer le problème et fixer les idées, nous analyserons donc brièvement ici la notion juridique du crédit.

L'opération de crédit est la fonction économique la plus importante pour les banques commerciales. Dans la plupart des cas, elle constitue, sous ses formes les plus diverses, une « opération de l'actif », autrement dit une opération par laquelle le banquier devient un créancier. Parfois aussi, mais plus rarement, l'acte de crédit représente une « opération du passif » ; il en est ainsi, par exemple, dans tous les cas de crédits d'acceptation. Mais c'est là plutôt l'exception. Dans la règle, le crédit bancaire est un moyen de créer des instruments de paiement sur le plan économique ; en revanche, il ne fait pas naître de richesses, car à l'enrichissement réalisé dans le patrimoine d'un sujet de droit correspond toujours un appauvrissement dans le

¹ Le droit du crédit est l'ensemble des modes d'expression du crédit, tels qu'on les trouve rendus dans la loi.

patrimoine d'un autre. Remarquons enfin que la notion de crédit est tout entière dominée par l'idée de « creditum » du droit romain ¹. A l'époque, ce terme signifiait, dans son sens étroit, originel « croyance, confiance ». Mais c'est dire du même coup que cette notion de crédit suppose toujours l'existence d'une obligation corrélatrice et concourante, qui n'est autre que celle de rembourser l'avance. Cela suffit à nous donner le mécanisme et le principe même du crédit.

Comme les banques disposent de capitaux importants, dont la majeure partie provient de participations ou de dépôts de tiers, elles ont l'impérieux devoir d'assurer par tous les moyens la conservation et le remboursement de ces fonds. Elles sont donc tenues, au moment d'effectuer des placements, d'observer un principe de sécurité. Toutefois, elles ne doivent pas suivre cette politique de prudence comme s'il s'agissait d'un principe d'ordre seulement, mais aussi parce qu'il y va de leur propre intérêt de se mettre à l'abri des pertes.

Nous touchons ici au cœur même de notre problème. Puisque, pour les banques, la question de sécurité se résoudra toujours en celle de garantie, il nous est facile de poser que le crédit est avant tout affaire de garantie. En effet, il n'y a pas de crédit sans risque, et une couverture est chaque fois nécessaire à ce risque. D'autre part, si l'on admet que le risque est le corollaire du crédit, et que l'on en décèle déjà la présence dans n'importe quelle opération commerciale, à plus forte raison encore le rencontrera-t-on dans les opérations financières. Chaque opération comportant ses risques particuliers, il est normal qu'aucun crédit ne soit jamais exactement semblable à un autre ; ce qui les différencie, ce sont précisément les risques dont ils sont grevés. En examinant les propositions de crédit qui leur sont faites, les banques doivent donc s'efforcer de se libérer des risques, en demandant des garanties, qui leur permettent de protéger les dépôts de leurs clients.

¹ Creditum est dérivé du latin credere, qui avait autrefois le sens de « croyance », « confiance ». De là, on a tiré aujourd'hui les termes de « crédit », « créance ». Cf. KLAUSING, F., *Der Krediteröffnungsvertrag*, pp. 77 ss.

Le terme de crédit s'emploie couramment dans les affaires dans des sens très différents. Dans une acception très large, tout d'abord, il signifie la « confiance faite à autrui », et cette confiance peut se manifester de plusieurs manières. C'est dans ce sens, par exemple, qu'on dira de l'actionnaire ou de l'obligataire qu'ils « font crédit » à leur société, ou que le banquier « fait crédit » à ses clients. Ainsi lorsqu'une maison sollicite le crédit d'une banque, pour que celle-ci ouvre des accreditifs en son nom, il ne s'établit pas nécessairement de rapport de prêteur à emprunteur. Mais on peut dire que la maison bénéficiera des services de la banque, de ses ressources et de sa réputation, en un mot de son crédit. Nul doute donc que c'est grâce au « crédit » de la banque que l'opération peut en fin de compte se réaliser.

Dans un sens plus étroit, mais en même temps plus juridique, le terme de crédit sert également à désigner « l'opération par laquelle une personne procure à une autre une valeur présente en échange d'un bien futur ». C'est dans ce sens, par exemple, qu'on dira, en parlant d'un crédit, qu'il est « réalisé » à partir du moment où le preneur (le client de la banque) entre lui-même dans le rapport juridique, en prenant la qualité de débiteur. Les banques donnent à ce genre d'opération des appellations extrêmement variées : suivant les cas, elles parleront d'avances, de prêts, de découverts, de facilités de caisse, ou même de crédit, mais sans que ces expressions correspondent toujours à des contrats bien différenciés ou à des formes juridiques bien déterminées.

Pour préciser enfin le but économique d'un crédit, il convient de se placer successivement au point de vue des deux parties intéressées. Dans le cas déjà vu de la « garantie d'un crédit »¹, où la banque joue le rôle de créancier, le but immédiat poursuivi par le client (le preneur de crédit) est d'accroître momentanément ses fonds par un apport d'argent frais disponible d'autre part. Mais réciproquement, on peut dire que pour la banque (le donneur de crédit), le but recherché est de mettre

¹ Cf. p. 12 *in fine*.

à la disposition de l'intéressé une certaine somme d'argent, qui n'est pas utilisée ¹. Il y a donc identité et superposition complète entre les deux cas. Mais si nous passons maintenant à l'opération inverse, que nous avons appelée tout à l'heure « crédit de garantie », et dans laquelle la banque prend la place de caution, nous constatons qu'en dépit du renversement de la situation, le contrat poursuit des fins absolument identiques. Ce que la banque procure alors, ce n'est plus une somme d'argent, mais bien le crédit lui-même, c'est-à-dire une obligation personnelle en vertu de laquelle elle se lie directement à un tiers (le créancier), dans l'intérêt et pour le compte de son client. Ce faisant, la banque engage son nom, son crédit commercial et parfois même une partie de ses biens. Au moment où elle appose sa signature, elle fournit donc, dans toute la force du terme, une garantie. Mais en même temps, elle fait crédit à son client et acquiert contre lui un droit de recours, dont elle pourra se servir, le cas échéant. Il en ressort finalement que dans le cas d'un « crédit de garantie », la banque accomplit une prestation sous forme d'une garantie assumée envers un tiers. Mais au lieu d'être, comme dans le cas de la « garantie d'un crédit », une sûreté destinée à couvrir une avance de fonds, pour réduire à un minimum les risques courus par la banque, cette garantie correspond ici à l'objet même du crédit. Notons en passant que le crédit alloué par la banque à son client pourrait à son tour être assorti d'une garantie ; cela serait le cas, par exemple, si la banque ne donnait sa signature qu'à la condition expresse que son droit de recours soit lui-même garanti par des sûretés.

C'est donc en dernière analyse le droit qui confère à la notion économique de crédit sa structure véritable et sa portée authentique. Dégagée de l'étude des données économiques et sociales qui sont à la base, la question du crédit se ramène à celle de sa meilleure technique juridique. Si le courant des idées, le développement du commerce ou l'évolution générale l'exigent,

¹ Nous empruntons ces définitions à Koch, *Banken und Bankgeschäfte*, p. 89.

il faut que le droit du crédit soit assez souple pour pouvoir s'adapter aux exigences nouvelles. Il est indispensable, par exemple, que les parties puissent, si la nécessité s'en fait sentir, élargir les dispositions du code, pour créer en marge de la loi des instruments de crédit nouveaux. Surtout, il importe que les intéressés puissent s'assurer chaque fois du type de crédit qu'ils désirent, compte tenu de leurs possibilités réelles. Il nous semble que cette opinion, principalement représentée dans la doctrine de Lestapis ¹, mérite d'être soutenue et défendue, dans toute la mesure au moins où elle ne met pas en cause l'ordre législatif établi. Nous nous y référerons d'ailleurs en tant que besoin dans la suite de notre exposé ².

Les règles juridiques qui intéressent le système du crédit se trouvent éparses dans notre législation, et nous ne saurions les énumérer toutes dans cet ouvrage. D'ailleurs, elles sont le plus souvent modifiées, voire renforcées dans la pratique par les « Conditions générales » des banques, auxquelles les preneurs de crédit sont généralement tenus de souscrire.

Envisagée sous son aspect purement juridique, la notion de crédit présente toutes les caractéristiques d'un contrat. Le crédit, qui n'est rien d'autre en définitive qu'un prêt, suppose toujours l'existence d'un lien contractuel entre les parties. De plus, comme n'importe quelle opération tournée vers l'avenir, il possède un caractère aléatoire, incertain, qui correspond sur le plan juridique à l'élément risque déjà considéré. Mais comme ce risque par définition est lié au contrat, le législateur n'aura lui-même pas à s'en occuper. C'est aux parties qu'il appartiendra exclusivement de décider chaque fois quelles dispositions elles entendent prendre. Si elles se mettent d'accord pour supprimer ce risque, tout s'arrangera facilement. Dans l'éventualité contraire, ce sera l'affaire du créancier, s'il le juge nécessaire, de requérir la constitution de sûretés, en se réclamant de l'un ou l'autre des contrats prévus par la loi.

¹ DE LESTAPIS, P., *La notion juridique de crédit*, pp. 169 et 170.

² Voir ci-dessous, troisième partie, pp. 130 ss.

Si le code, en plusieurs de ses articles, parle de crédit, il n'utilise pourtant que rarement cette notion et ne la définit nulle part ¹. Il faut recourir à la doctrine pour trouver les prémisses de ce problème. Dans l'idée de nombre d'auteurs, tout d'abord, le crédit sous sa forme simple, élémentaire, ne représente qu'un cas particulier de la « confiance appliquée ». Cette conception est juste, si l'on veut, puisque le crédit participe en premier lieu d'une foi, et qu'il ne se conçoit vraiment que là où le créancier a la certitude qu'un jour la dette sera payée. C'est dans le même esprit d'ailleurs que d'autres auteurs ont cherché également à définir le crédit comme « une substitution de la confiance à un paiement immédiat ». Mais cette définition, qui se fonde sur sa signification étymologique, n'explique à elle seule pas tout. Il ne faut pas perdre de vue que la confiance du créancier comporte par elle-même certains dangers, et que ces dangers sont même d'autant plus grands que le débiteur d'une somme d'argent consomme la chose empruntée : dans ce cas, en effet, il n'est tenu que de rendre l'équivalent, et non l'identique.

Si jadis le crédit reposait uniquement sur la réputation commerciale de l'intéressé, la situation a aujourd'hui complètement changé. Face aux exigences croissantes de la vie moderne, les formes traditionnelles du crédit se sont révélées inopérantes, et il a fallu perfectionner les instruments existants ou en créer de nouveaux. On notera à cet égard que la plupart des opérations de crédit de nos jours sont assorties de garanties, et l'on peut même dire — comme nous l'avons déjà relevé à propos des risques — que ce sont ces garanties qui tendent de plus en plus à donner leur caractère au crédit. Il arrivera même que ces sûretés prennent une telle importance dans le rapport juridique que l'élément de confiance du créancier dans la solvabilité du débiteur s'efface pour ainsi dire complètement ; c'est alors l'engagement personnel du tiers, pris en sa qualité de

¹ Cf. CO art. 407 ss., 429, 430 et 1125.

garant, qui devient l'élément décisif et prépondérant du contrat ¹.

Certains auteurs enfin ont cherché à définir le crédit par rapport à son but économique. Ils l'ont regardé alors, d'après leur propre définition, comme « un droit actuel à un paiement futur » ². Dans un sens identique, mais avec une plus grande précision peut-être, on pourrait aussi bien dire du crédit qu'il représente l'« acte par lequel un tiers se procure une valeur immédiate contre une promesse d'en restituer un montant équivalent plus tard » ³. L'opération consiste donc, pour le preneur de crédit, à acquérir un droit de disposition sur un capital étranger en échange d'une promesse de restitution. Réciproquement, pour le créancier, l'acte de crédit correspond à la remise d'un bien actuellement disponible contre un droit à un remboursement futur. Finalement, nous adopterons pour nous-même la définition du crédit suivante : « Le crédit est l'acte par lequel un banquier accepte de distraire de son patrimoine certains biens, dont il n'a momentanément pas l'usage, pour les transférer en toutes propriétés à un tiers ». Il est évident que le créancier qui met ainsi son argent à la disposition d'autrui n'aliène pas sa fortune, juridiquement parlant. Il acquiert simplement à la place des sommes qu'il avance un droit au remboursement — lequel n'est rien d'autre qu'un droit de créance portant sur des valeurs identiques.

En résumé, nous retiendrons des principales idées que nous venons d'exposer deux points essentiels : d'une part que le terme de crédit recouvre une notion très large, et d'autre part que le contrat se présente généralement sous la forme juridique d'un prêt ⁴. A cela s'ajoute que l'institution du crédit est tout

¹ Cf. KOCH, *Kredit im Recht*, p. 2.

² A credit is the present right to a future payment (McLeod).

³ Cf. AESCHLIMANN, *Kreditgeschäft und Kreditvertrag*, p. 9.

⁴ Les dispositions spéciales du contrat de prêt lui sont naturellement aussi applicables (CO art. 312 ss.).

entière dominée par deux facteurs, qui doivent être soigneusement distingués. Le premier est l'*acte de foi*, qu'on trouve normalement à la base de toute opération d'échange, et sans lequel aucune affaire de crédit ne saurait être conclue. Le second est le facteur *temps*, qu'on voit s'infiltrer dans certains actes juridiques en les empêchant de déployer leurs effets avant l'échéance fixée. Bien loin de s'exclure, ces deux facteurs se complètent au contraire l'un l'autre, et suivant que l'on donne plus d'importance à l'un ou à l'autre, on arrive à deux théories différentes du crédit. Pour toute une partie de la doctrine, c'est l'acte de foi qui occupe la première place dans le rapport juridique, tandis que pour l'autre, c'est le facteur temps qui est l'élément déterminant. Ainsi, d'un côté on a les partisans de la « théorie de la confiance » (Vertrauenstheorie), et de l'autre ceux de la « théorie de l'anticipation » (Zukunftstheorie). Tandis que la première de ces conceptions est d'ordre subjectif ou abstrait, la seconde a un caractère objectif, concret ¹.

Si nous nous plaçons successivement dans ces deux hypothèses, nous verrons tout d'abord que le facteur temps comporte par essence un certain risque. C'est lui en effet qui introduit dans l'acte juridique cet élément d'incertitude, dont sont grevées les clauses à échéance lointaine. Si la sécurité d'un crédit dépend au premier chef de sa durée, son existence ne saurait se concevoir sans un assujettissement durable des parties. Par hypothèse, l'échange des deux prestations doit être déplacé dans le temps, ou du moins l'exécution d'une des deux obligations remise à plus tard. Or, il est certain qu'au moment où elles s'engagent, les parties n'ont d'autre préoccupation que d'assurer l'avenir avec la plus grande sécurité possible. Il est bien compréhensible dès lors que le facteur d'anticipation, avec le caractère aléatoire qui le définit, oblige le plus souvent le créancier à exiger des garanties, lesquelles représenteront pour lui le seul élément stable, matériel, concret.

¹ Cf. Косн, *op. cit.*, p. 90.

Mais à côté du facteur temps, il faut tenir compte encore de cet autre élément, qui se greffe sur lui et le complète : la confiance. Notion d'ordre psychologique, s'il en est — d'essence purement subjective — la confiance trouve sa meilleure expression dans le principe de la bonne foi ¹. Il est clair qu'un banquier ne pourra jamais allouer de crédit, à moins d'être sûr de son débiteur, autrement dit d'avoir la conviction que son prêt lui sera remboursé à l'échéance. Un créancier s'efforcera donc toujours de déterminer d'avance, à l'aide des éléments d'appréciation dont il dispose, si les perspectives de l'affaire sont favorables — ou disons suffisantes — pour qu'il puisse raisonnablement compter sur la rentrée de ses fonds. Finalement, on voit que le crédit, la plupart du temps, se ramène à une simple évaluation de la capacité et de la volonté d'un tiers de tenir ses engagements pendant un temps donné. Et quand nous disons ici capacité et volonté de payer, nous avons naturellement en vue les deux dangers majeurs qui guettent le banquier : d'une part l'insolvabilité de l'emprunteur, qui dépend essentiellement de sa situation matérielle ou de ses possibilités objectives de payer ; d'autre part le déshonneur, qui tient davantage au caractère individuel du débiteur et met en jeu sa volonté subjective de payer. Nul doute qu'un prêteur qui a la conviction que l'emprunteur est solvable, et qui se fie par surcroît à son honnêteté, n'accorde le crédit demandé.

C'est ici qu'apparaît le rôle primordial que jouent les considérations d'ordre personnel au moment où une banque alloue un crédit. Il est certain que le crédit, comme n'importe quel autre contrat de prêt, est dominé par l'*intuitus personae* : en d'autres termes, il est destiné à se régler avant tout sur la personne de l'emprunteur. C'est d'ailleurs la règle du simple bon sens, qui se retrouve dans le vieil adage : « On ne prête qu'au riche »... La doctrine allemande tout particulièrement

¹ Nous admettons que le principe de bonne foi signifie bien ici respect mutuel des droits de chacun et soumission stricte aux engagements souscrits.

insiste sur cette idée, quand elle parle de « Kreditfähigkeit », pour indiquer la « capacité de contracter un crédit », qui est une des formes requises pour le preneur de crédit ¹. Rien ne saurait mieux au surplus illustrer le principe de la personnalité du crédit que l'art. 316 CO, aux termes duquel l'insolvabilité de l'emprunteur survenue depuis la conclusion du contrat autorise le prêteur à refuser de verser la somme promise ².

Il est aisé dès lors d'arriver à notre conclusion. Le facteur personnel, qui est en même temps l'élément primordial de la confiance, tient la première place dans le crédit. Ce facteur revêt, en outre, une importance décisive pour l'acte juridique, en raison de l'influence qu'il est susceptible d'exercer sur l'élément temps. Mais sachant que ce dernier se résout presque toujours en la forme de sûretés, nous pouvons poser que, dans l'ordre, confiance passe garantie. C'est dire que dans toute opération de crédit, l'obligation personnelle du débiteur représente toujours l'élément capital et décisif du contrat ; la garantie au contraire reste plutôt à l'arrière-plan et ne représente rien d'autre qu'une émanation du crédit, ou mieux un moyen technique de réaliser. Finalement, nous pouvons dire que la situation personnelle du débiteur joue un rôle capital dans toute opération de crédit, non seulement pour le prêt à proprement parler, mais encore pour les garanties dont il s'accompagne. Nous verrons plus loin les conséquences très importantes qui en découlent pour nous.

¹ Cf. KHM, *Die Kreditübertragung im Bankverkehr*, p. 4. On peut d'ailleurs en voir la preuve dans le fait que cette « Kreditfähigkeit », dans le cas d'une personne collective, se dédouble en deux principes de valeur à peu près égale : le « standing » de l'entreprise d'une part, et la capacité personnelle de ses dirigeants d'autre part.

² Par ex. l'existence de garanties, etc. Cf. AESCHLIMANN, *op. cit.*, p. 88.

CHAPITRE II

LA CONDITION ACTUELLE DU CRÉDIT

Tout au long du XIX^e siècle, le crédit a largement bénéficié des conditions politiques et économiques du moment. Le climat de confiance qui n'a cessé de régner durant cette période a favorisé l'expansion du crédit en Suisse et à travers le monde. Mais, de nos jours, la situation a complètement changé.

Les guerres et les crises économiques, qui se sont succédé à l'époque contemporaine, ont ébranlé le crédit jusqu'en ses bases et préparé l'avènement d'un régime nouveau. Le caractère de fatalité, qui s'est attaché aux cataclysmes de notre monde moderne, a maintenu les échanges dans un état de perpétuelle insécurité. Face aux événements, les banques ont dû s'ingénier à revoir les grandes lignes de leur politique du crédit et prendre diverses mesures d'adaptation. Il s'en est suivi des changements de structure assez marquants pour qu'ils se fassent sentir jusque dans le domaine des garanties.

Au siècle dernier, tandis que les banques décuplaient la puissance du crédit, elles allaient en multiplier aussi les risques. Au début, grâce aux progrès réalisés par la technique bancaire, les dangers inhérents au crédit ne dépassèrent jamais une limite supportable. Mais par la suite, ces risques devaient s'accroître si bien, et atteindre de telles proportions en face de l'instabilité générale, que les instruments classiques du crédit ne suffirent plus à assurer aux banques la protection indispensable. Commerçants et financiers s'efforcèrent alors de trouver un remède à la situation, en renforçant par tous les moyens leur propre sécurité.

Ainsi s'explique l'évolution rapide du crédit, qui s'est affirmée — et tend de plus en plus à s'affirmer de nos jours — dans

le sens d'un *renforcement de la garantie*. C'est même la raison pour laquelle, peut-on dire, la garantie tient actuellement la première place parmi les préoccupations du banquier.

Ce besoin de sécurité est d'ailleurs plus répandu qu'il n'y paraît de prime abord. Il dépasse en tout cas largement le cadre de l'activité des banques, pour se retrouver pratiquement aujourd'hui dans toutes les transactions commerciales. Mais les facteurs d'ordre général que nous venons de citer ne sont pas les seuls qui doivent être mis en cause ici ; il faut y ajouter aussi l'impossibilité où se trouve le créancier de l'époque moderne de connaître chaque fois personnellement son débiteur. Or, c'est ce dernier facteur qui a précisément donné naissance à cette seconde tendance constatée dans l'évolution du crédit : son internationalisation. En effet, au fur et à mesure que les relations entre les peuples devenaient plus étroites et plus faciles, il fallait s'attendre à ce que le crédit lui-même tende à une plus grande universalité.

Cette expansion fut encore favorisée par la lutte intense pour les débouchés connue dans tous les pays, et officiellement appuyée par leurs programmes de crédit à l'exportation¹. Il était normal que l'internationalisation du crédit soit suivie de la création de sûretés d'un type nouveau. C'est alors que sont apparues les premières garanties accordées par les banques en couverture d'engagements pris par leurs clients, que nous avons appelées « crédits de garantie ». Ces sûretés se sont si bien développées à côté des garanties proprement dites, qu'il est logique de dire qu'à partir de ce moment, les banques n'ont plus seulement prêté leur argent, mais encore leur crédit. En l'occurrence, on peut parler véritablement d'un glissement de l'ancien crédit commercial vers une nouvelle forme de crédit bancaire. A notre sens, cet élargissement du champ d'activité des banques doit précisément être regardé comme un signe de l'exhaussement du crédit sur le plan international.

¹ Voir à ce sujet par ex., le message du Conseil fédéral concernant l'encouragement des exportations par la garantie des risques, *FF*, 1933 II 889.

Mentionnons encore, dans l'évolution du crédit, une troisième tendance, qui n'offre pas d'intérêt immédiat pour nous, mais que nous citerons pour mémoire : « l'étatisation », ou si l'on veut, la nationalisation du crédit. Cette intervention de l'Etat dans la distribution du crédit procède de causes multiples et diverses, dont l'analyse dépasserait le cadre de notre travail ¹. Mais le fait demeure et nous ne pouvons l'ignorer, car il n'est pas exclu qu'il puisse avoir dans l'avenir certaines répercussions pour les garanties.

Enfin, l'évolution générale du crédit a été conditionnée encore par un dernier facteur, bien caractéristique de notre temps. Ce facteur est double, ou du moins se présente sous deux aspects différents. D'une part, le développement des dépôts en banque et l'emploi de plus en plus fréquent de la monnaie scripturale ont entraîné une *dématérialisation* du crédit ². D'autre part, un souci presque exagéré des droits de l'individu, ainsi qu'un renouveau de l'esprit associationniste allié à un besoin marqué de responsabilité collective, ont concouru à une certaine *dépersonnalisation* du crédit. En effet, on sait que le crédit tendait vers des formes de plus en plus abstraites — mais aussi de plus en plus fragiles — qu'il a bien fallu compenser par une technique meilleure et des garanties plus sûres. Mais en même temps, l'extension aux banques du principe de la mutualité allait aboutir à la création de sociétés coopératives de crédit ³, qui devaient elles-mêmes renforcer la solidarité morale et pécuniaire entre les débiteurs et créanciers. Par exemple, les associations coopératives de cautionnement — qui ne sont qu'un moyen de remplacer la garantie d'un individu par celle d'un groupe de personnes — découlent de ce principe de mutualité. Nous y reviendrons plus tard et verrons l'importance considérable prise par ce système depuis la révision du

¹ Voir à ce propos BAUDIN, *Le crédit*, pp. 245 ss. et LAUFENBEÜRGER, *Les banques françaises*, pp. 127 ss. et 355 ss.

² Virements en banque (chèques).

³ Système des Caisses Raiffeisen.

cautionnement en Suisse ¹. Qu'il nous suffise de dire pour le moment que cette « démocratisation » du crédit — comme certains ont voulu l'appeler — n'a pas été sans entraîner un certain renchérissement du loyer de l'argent ². Mais à un autre point de vue, comme le souligne le professeur Keller ³, le passage graduel à ce nouveau système de cautionnement collectif aura au moins ce mérite de libérer les classes moyennes de leur sujétion aux anciens cautionnements de pure complaisance.

¹ Cf. les données statistiques du Rapport annuel de la Banque Cantonale de St-Gall pour 1943, p. 13.

² Cf. KAEFERLEIN, *Der Bankkredit und seine Sicherungen*, p. 62.

³ *Probleme der Finanzierung von Industrie, Gewerbe und Handel*, von Professor Th. KELLER, in der *Festgabe für G. Bachmann*, p. 316.

CHAPITRE III

L'OCTROI D'UN CRÉDIT

« A chaque crédit sa garantie » est une vérité qui se vérifie tous les jours dans le monde. Nous en ferons nous-mêmes l'expérience, en étudiant les principales espèces du crédit et en déterminant les conditions dans lesquelles les banques peuvent envisager de mettre leurs fonds à disposition de tiers.

Nous avons déjà vu la distinction fondamentale qu'il convient de faire entre les « *crédits monnayés* » (ou avances de sommes d'argent) et les « *crédits de garantie* » (ou engagements par caution). Ces deux formes du crédit sont essentielles pour nous, et le problème des sûretés personnelles dans les deux cas reste entier. Pourtant la question se pose de manière très différente chez les banques, suivant que celles-ci sont garantes ou garanties, cautionnées ou cautions. Toute solution que l'on peut proposer à cet égard est à double tranchant. Nous examinerons plus loin ¹, en nous plaçant chaque fois au point de vue des banques, comment se comporte la garantie et comment elle évolue suivant le rôle qui est le sien. Mais nous pouvons d'ores et déjà poser en principe que l'opération par laquelle une banque « prête son crédit » repose sur les mêmes bases techniques et juridiques que n'importe quelle autre opération de crédit. Bien que l'on soit porté dans les établissements financiers à regarder le crédit de garantie comme une transaction d'un intérêt plutôt secondaire et sans grande valeur commerciale ², il n'en demeure pas moins — d'après les statistiques officielles ³ — que le montant des avals et cautionnements

¹ Cf. chap. IV, pp. 40 ss.

² Cf. JÖHR, *op. cit.*, p. 52.

³ Banque Nationale Suisse, *Das schweizerische Bankwesen im Jahre 1952*.

souscrits par les différents établissements de crédit en Suisse a atteint en 1952 le chiffre très élevé de 800 millions de francs ¹. La grande différence qui existe pour les banques entre les deux types de crédits, réside surtout dans la manière dont l'opération est menée et dans les résultats pratiques qui en découlent. Tandis que le crédit sous sa forme pure, traditionnelle revient à verser une somme d'argent dans les mains du crédit (ou celles d'un tiers désigné par lui), le crédit donné sous forme de garantie se ramène à un engagement souscrit de main propre par la banque, comme le cautionnement, le porte-fort, l'aval ou toute autre signature de change. Dans ce dernier cas, il est clair qu'il faudrait des circonstances tout à fait spéciales, comme l'avènement du risque, pour que la banque puisse être prise à partie et obligée de payer.

Les crédits octroyés par les établissements financiers peuvent faire l'objet de multiples combinaisons. Mais dans cette étude, ce sont surtout les opérations de nature commerciale qui retiendront notre attention, parce que les garanties personnelles y sont les plus nombreuses et les mieux représentées. Ces opérations ont principalement en vue les crédits grâce auxquels les industriels et les commerçants peuvent se procurer les fonds de roulement dont ils ont besoin pour la marche de leurs affaires. Il s'agit avant tout de crédits à la production, qui se caractérisent comme des opérations à court terme, et qui sont extrêmement appréciés des banques, parce qu'ils leur laissent une marge de sécurité supérieure à celle des crédits de consommation.

La doctrine a mis au point divers systèmes de classification des crédits. Mais le plus souvent, les auteurs s'en sont tenus à leurs formes, parce que les opérations de crédit impliquent d'ordinaire la création de titres dans lesquels s'incorporent les droits des créanciers. Cette première distinction se fonde donc sur les instruments de crédit, autrement dit sur les moyens

¹ A titre de comparaison, une enquête a révélé qu'il existait à la même date en Suisse 240.000 crédits garantis par cautionnements, représentant une valeur totale de Fr. 1,7 milliard.

techniques de réaliser des fonds¹. Quant à nous, nous envisageons plutôt ici les crédits sous l'angle de l'aide effective apportée au créancier, soit à raison des droits qu'ils confèrent aux créanciers chirographaires, soit à raison des sûretés dont ils s'accompagnent. Le *découvert* de caisse est la forme la plus simple, la plus primitive du crédit, mais aussi celle qui est la moins garantie. Elle peut être définie comme une simple avance de fonds, en échange d'une promesse de remboursement à l'échéance ; dans la règle donc, la garantie est alors constituée par la seule solvabilité du preneur de crédit. Mais, comme nous le verrons plus loin, c'est précisément là que la sûreté personnelle aura son rôle à jouer.

A l'opposé, on peut mentionner l'*avance sur gage*, qui est complètement différente dans son principe, parce qu'elle suppose la remise d'une contre-prestation immédiate de la part du débiteur, sous forme de titres ou de marchandises données en nantissement ou sous forme de droit de gage sur un immeuble. Mais nous touchons déjà ici au domaine des sûretés réelles, et ce mode de crédit peut être sans autre laissé de côté. La troisième forme de crédit — qui est la plus importante pour nous — est l'*escompte*². C'est l'opération qui répond le mieux, par ses qualités effectives de souplesse et de solidité, aux exigences du crédit commercial moderne. En principe, l'escompte est lié à l'existence d'une créance du client contre un tiers, créance qui se trouve elle-même incorporée dans un effet de commerce ; le « découvert », au contraire, comme nous venons de le voir, reste juridiquement indépendant de toute transaction du client avec un tiers. Mais si le découvert n'est qu'une application des règles du droit commun aux opérations de banque,

¹ « Le crédit est une réalité économique qui trouve son expression dans des moyens spéciaux, qui viennent s'ajouter aux actes habituels de la vie civile. Le développement du crédit civil est lié à la meilleure technique de ces moyens. » (P. de LESTAPIS, *op. cit.*, p. 163.)

² On a défini l'escompte dans le droit français : « Le versement du montant d'un effet de commerce au porteur avant l'échéance contre remise du titre et sous certaines retenues, dont la principale est proportionnée au temps à courir jusqu'à l'échéance ».

l'escompte, lui, s'appuie sur les dispositions particulières du droit de change. Enfin, dans une quatrième catégorie de crédits, nous rangerons les avals de banque et les crédits d'acceptation, cautionnements, obligations solidaires, etc. Selon ce que nous avons vu jusqu'ici, nous grouperons ces différents contrats sous la dénomination générique de « *crédits de garantie* ». Nous nous trouvons ramené ainsi à la distinction première que nous avons faite, et nous pouvons nous dispenser d'y revenir. Mais si nous nous souvenons maintenant que les garanties personnelles sont à la base de trois parmi les plus importantes formes du crédit, nous comprendrons mieux le rôle primordial qu'elles sont appelées à jouer dans l'octroi des crédits des banques.

La tradition veut au surplus que les banques fassent toujours une distinction très nette entre les *crédits en compte courant* et les *avances et prêts à terme fixe*, ces dernières n'ayant en principe pas de caractère commercial. Cette nouvelle distinction, fondée sur le mode d'utilisation du crédit, ne vaut toutefois que pour les deux premières catégories que nous avons vues, et dans notre cas, pratiquement, pour les seuls découverts de caisse. Mais cette division est essentielle, et nous ne saurions nous en passer. L'application des sûretés personnelles ne sera, en effet, pas la même dans l'un et l'autre cas. Si l'on a omis de préciser d'emblée dans l'ouverture de crédit qu'il s'agissait d'un compte courant — plutôt que d'une avance à terme fixe, payable sous forme d'acomptes périodiques, par exemple — des difficultés pourront surgir du jour où le débiteur demandera un relèvement de sa limite ou un renouvellement de son crédit. A supposer que les parties reconnaissent alors qu'il s'agissait bien d'un prêt, le cautionnement servant de garantie perdrait toute sa valeur ; mais si les parties admettaient au contraire l'existence d'un compte courant, le cautionnement subsisterait indiscutablement.

Il arrive d'ailleurs très souvent que les découverts commerciaux prennent la forme d'ouvertures de crédits. Au lieu de procéder à une remise de fonds immédiate, qui recevrait le nom d'avance, les banques préfèrent traiter ces opérations en comptes. Il est facile d'en déduire qu'une *ouverture de crédit* dans les livres

d'une banque n'implique pas toujours et nécessairement l'*octroi d'un crédit*. Au sens propre, l'ouverture de crédit (*Krediteröffnung*) est le contrat (*Kreditvertrag*) dont dépend effectivement l'octroi d'un crédit (*Kreditgewährung*). Mais les cas peuvent changer avec les situations, et il arrivera, comme nous venons de le voir à propos des avances, que les deux opérations se confondent, pour n'en former qu'une seule. Mais il arrivera plus fréquemment encore que l'opération se déroule en deux phases successives, c'est-à-dire qu'à la demande des parties, l'exécution du contrat de crédit soit remise à plus tard. C'est ce qui se passera par exemple dans le cas de comptes courants, qui peuvent être assimilés juridiquement à de véritables ouvertures de crédit. Les auteurs ont cherché à expliquer ce processus juridique par la création de diverses synthèses ¹. Aujourd'hui, la conception dominante est que l'ouverture de crédit constitue un contrat « sui generis », par lequel une personne — qui est en général une banque — s'oblige à accorder un crédit à un tiers, à condition que ce dernier l'utilise dans les termes et les limites fixés ². A notre avis, l'ouverture de crédit constitue une simple convention unilatérale ³, dans laquelle le donneur de crédit est tout d'abord seul à assumer une obligation — celle de mettre les sommes promises à la disposition de l'intéressé. Le preneur de crédit, en effet, restera en dehors du rapport juridique et n'assumera personnellement aucune obligation aussi longtemps qu'il n'aura pas fait appel au concours financier de

¹ Voir à ce sujet, AESCHLIMANN, *op. cit.*, pp. 22 ss.; BUTSCHER, *Krediteröffnungsvertrag und Kontokorrentvertrag*, p. 120, et KOCH, *Kredit in Recht*, p. 2.

² KAEFERLEIN, *op. cit.*, p. 91 : « Le contrat de crédit est une convention entre une banque et son client, par laquelle elle s'oblige à lui octroyer un crédit sous certaines conditions préalablement définies. »

Voir encore HAMEL, *Banques et opérations de banque*, vol. II, pp. 368 et 585.

Voir pour le droit suisse, notamment : OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 312, n° 22, BECKER, *Commentaire CO* ad art. 22, n° 2, ad art. 312, n° 10, GUHL, *Droit fédéral des obligations*, trad. fr., pp. 185-186.

³ KOCH, *Kredit im Recht*, p. 19, prend fortement position pour une convention synallagmatique.

la banque. Mais qu'il vienne à utiliser le crédit alloué, et il sera *ipso jure* tenu de fournir les sûretés prévues dans l'ouverture de crédit, sans compter d'ailleurs son obligation de rembourser le prêt à l'échéance.

Dans les pays où l'on a depuis longtemps renoncé à l'usage des traites, l'ouverture de crédit constitue le moyen normal par lequel les entreprises peuvent se procurer les fonds de roulement indispensables. Mais l'ouverture de crédit connaît une variété presque infinie de cas d'applications¹ ; pourtant, elle ne pourra jamais se rapporter qu'à des affaires nettement individualisées ou à certaines catégories d'opérations bien déterminées. Mais c'est dire en même temps qu'il pourra arriver qu'un client bénéficie simultanément de plusieurs ouvertures de crédit auprès d'une même banque, en vue d'opérations chaque fois différenciées (découverts, escompte, acceptation, aval, etc.). Les montants alloués constitueront alors autant de « comptes de crédits » séparés, lesquels seront assortis chacun de leurs propres garanties. Le crédit commercial portant en lui-même la justification de son emploi, aucune confusion ne sera possible avec les autres crédits accordés à un même client, non plus qu'avec les fonds propres de l'entreprise. En revanche, un certain risque de confusion existera inévitablement dès qu'il s'agira de capitaux d'une autre catégorie empruntés à la même banque. Il importe donc de donner au crédit des spécifications aussi étroites que possibles, tant au point de vue de son affectation qu'au point de vue de son montant. On peut également se demander — en théorie tout au moins — si le principe de la « spécialité » de la garantie, c'est-à-dire de son affectation limitée à un crédit donné, ne devrait pas être imposé en matière personnelle, exactement comme il l'est en matière réelle.

L'ouverture de crédit soulève d'ailleurs nombre d'autres questions, toutes en étroite relation avec les problèmes de forme

¹ Ainsi l'ouverture de crédit peut servir à constituer la provision d'un effet de change ; mais, d'autre part, l'engagement que prend le tiré de payer à l'échéance une lettre de change sans provision, et dont il ne serait pas débiteur, peut représenter également une ouverture de crédit.

de la garantie. Il se peut, par exemple, que la banque tienne à se réserver, dans le contrat d'ouverture de crédit, le droit de convertir à l'échéance un crédit primitivement accordé contre cautionnement en un nouveau crédit assorti d'une autre forme de garantie (crédit-cession). La formule d'ouverture de crédit doit naturellement être assez souple pour se prêter à de telles combinaisons ¹. En revanche, si une prorogation de crédit est toujours possible, il faut bien admettre qu'elle ne saurait s'étendre en même temps au contrat de garantie, qu'à la condition que l'acte constitutif de sûreté le mentionne expressément. Dans le cas contraire, la garantie ne couvrirait le crédit qu'à concurrence du montant dû à l'échéance primitivement fixée.

Enfin il convient de mettre en pleine lumière le problème de la liquidité des crédits, qui ne va pas sans entretenir d'étroites relations avec celui des garanties.

La liquidité est principalement assurée pour les banques par le droit qu'elles se réservent à l'ouverture de crédit de « mobiliser » leur avance. En demandant à leurs clients de signer des billets à ordre, les banques s'assurent par avance de conserver en tout temps la libre disposition de leur actif ². Ce droit est d'une importance capitale pour elles ; mais il représente en outre pour toutes les institutions de crédit une garantie d'ordre général, qui vient renforcer leur position et leur concède un avantage non négligeable dès l'octroi du crédit. En effet, le créancier disposera à partir de ce moment-là d'une créance de change plus puissante qu'une créance ordinaire, grâce à laquelle il pourra intervenir efficacement contre son débiteur.

La liquidité des crédits dépend également dans une large mesure des solutions qui auront été données aux problèmes de

¹ Cf. KИМ, *op. cit.*, p. 11 : Cette manière de voir, toutefois, n'est pas défendable dans le cas de cession d'un crédit à un tiers. Là, comme nous l'avons vu, l'élément personnel prime tout, et une cession du crédit ne saurait être reconnue sans autre. En effet cette cession reviendrait à modifier la répartition des risques, et la garantie elle-même en serait affectée. Dans ce cas, une nouvelle ouverture de crédit serait indispensable.

² Cf. LF sur les Banques et les Caisses d'Epargne, art. 4.

la garantie. Cela est tout particulièrement vrai pour les crédits garantis par cautionnement ¹. Il est clair que le cautionnement ne peut être vraiment apte à jouer son rôle comme sûreté d'une banque qu'à la condition qu'il garantisse du même coup sa liquidité. Or, nous aurons l'occasion de voir que la loi nouvelle sur le cautionnement, en dépouillant le contrat solidaire de nombre de ses attributs, a fait bon marché du principe de la liquidité des crédits. Qu'on le veuille ou non, cela allait inciter les banques à rechercher des compensations et à trouver d'autres moyens de garantie tenant mieux compte de cette exigence particulière du crédit.

D'un autre côté, la liquidité des crédits dépendra encore dans une large mesure du droit que se réservent habituellement les banques, dans leurs *conditions générales*, de dénoncer en tout temps les crédits au remboursement ou d'en réduire le montant. Si l'on tient à conserver son caractère de parfaite liquidité à un compte de crédit, il est indispensable de le regarder comme un engagement échu et toujours exigible de la part du créancier. Les ouvertures de crédit consenties pour un temps déterminé, et excluant par avance toute possibilité de dénonciation, sont plutôt rares. En revanche, le droit de dénoncer les crédits figure presque toujours en tête des clauses des contrats conclus pour une durée indéterminée, et ceci non seulement en faveur des banques, mais également en faveur de leurs clients.

Ce principe vaut tout spécialement pour les crédits en compte courant et les crédits d'escompte. Car il est évident que dans un cas, les parties ne sauraient être tenues de poursuivre envers et contre tout une relation d'affaires qui les désoblige, et que dans l'autre, les banques ne sauraient être contraintes

¹ Le Rapport et Avant-projet de la Division fédérale de Justice sur la revision de la législation en matière de cautionnement, de juin 1937, s'exprime comme suit à ce sujet (p. 32) : « La nécessité d'actionner préalablement le débiteur principal (cas du cautionnement simple) comporte des longueurs que les banques ne peuvent supporter »... « La possibilité d'actionner en tout temps la caution (cas du cautionnement solidaire) constitue précisément pour le créancier, spécialement quand celui-ci est une banque, la meilleure garantie. »

d'accepter n'importe quelle traite qui leur est présentée à l'escompte ¹. On pourrait bien entendu se demander si cette conception ne se heurte pas aux règles de la bonne foi (CCS art. 2). Mais l'opinion de Hamel nous paraît décisive, qui dit que « la rupture par volonté unilatérale est de l'essence même des contrats à durée indéterminée » ².

Relevons encore que la dénonciation des crédits est importante à un double point de vue. D'une part, en dénonçant un crédit, le créancier provoque l'échéance de la dette principale ; autrement dit, il met à découvert la sûreté, en soulevant *ipso facto* toute une série de problèmes analogues à ceux que nous avons déjà vus pour le crédit ³. D'autre part, le droit de dénoncer le crédit — peut-être plus encore que celui de mobiliser l'avance — constitue un acte discrétionnaire mis à la disposition du créancier ; ce dernier bénéficiera alors d'une garantie inconditionnelle, qui lui permettra de se dégager de toute situation embarrassante et de sauvegarder la valeur de sa créance.

La « dénonciation » d'un crédit ne doit d'ailleurs pas être confondue avec sa « résiliation ». Alors que la dénonciation suppose nécessairement l'existence d'une avance, c'est-à-dire la mise à contribution effective d'un crédit, la résiliation, au contraire, ne se conçoit que dans le cadre d'une ouverture de crédit et seulement pour des montants promis.

Au regard de la loi, les deux cas doivent être traités séparément ⁴. Le droit de dénonciation représente l'accessoire nécessaire et indispensable dans tous les cas de crédits qui sont accordés pour un temps indéterminé. C'est la porte de sortie normale pour une banque qui désire mettre fin à un crédit et obtenir le remboursement de son avance ; ce remboursement pourra s'opérer sur-le-champ ou après un certain délai, selon ce que les parties avaient prévu dans la convention.

¹ Cf. KAEFERLEIN, *op. cit.*, p. 92.

² Cf. HAMEL, *op. cit.*, vol. I, p. 473 et vol. II, pp. 601-602. Cf. aussi AESCHLIMANN, *op. cit.*, p. 83, et BUTSCHER, *op. cit.*, p. 121.

³ Cf. ci-dessus, chap. II.

⁴ Cf. pour le détail, AESCHLIMANN, *op. cit.*, pp. 81 ss. et 86 ss.

La résiliation, au contraire, ne vise que certains cas limitativement énumérés par la loi ; elle suppose d'autre part la réalisation d'un certain nombre de conditions fixées par le législateur. C'est dire que la résiliation devra toujours être motivée, tandis qu'une dénonciation sera libre et pourra avoir lieu sans qu'on en donne même les raisons. En application de ce principe, une ouverture de crédit — même octroyée pour une période déterminée — pourra être résiliée par la banque, si le client devient insolvable postérieurement à la conclusion du contrat, ou si la banque a connaissance de son insolvabilité à partir de ce moment-là. Une ouverture de crédit, que nous avons définie comme un contrat « unilatéral »¹, pourra également être résiliée sur la base de l'art. 316 CO ; applicable par analogie, cette disposition prévoit la résiliation pure et simple pour le cas où l'emprunteur deviendrait insolvable. Au surplus, il est intéressant de noter que cette résiliation peut être prononcée même si des sûretés spéciales avaient été constituées pour la garantie du débiteur, ou si un tiers s'offrait encore à en fournir... C'est là une des conséquences, précisément, du principe de la personnalité du crédit, dont nous avons déjà parlé².

La résiliation a donc pour effet de provoquer l'extinction immédiate du contrat. Mais pour autant, elle ne saurait être admise dans le cas d'une simple aggravation de la situation financière du preneur de crédit ; la banque ne disposerait alors que de son droit régulier de dénonciation. En effet, la règle de l'art. 316 CO repose sur la maxime juridique de la « *clausula rebus sic stantibus* », en vertu de laquelle un rapport de droit, qui a vu le jour dans des circonstances déterminées, doit être invalidé, si ces circonstances mêmes venaient à changer³. Cette notion toutefois ne vise que des faits objectifs et indépen-

¹ Cf. ci-dessus, p. 37. Au contraire, si l'on tient l'ouverture de crédit pour un contrat bilatéral, les effets juridiques seront légèrement différents : voir CO art. 83, et cf. Koch, *Kredit im Recht*, pp. 20-21.

² Cf. ci-dessus, p. 23.

³ Cf. OSER, *Commentaire CO* art. 83, rem. 3.

dants des parties, qui se seraient produits depuis le jour de la conclusion du contrat ; elle ne s'applique également que dans les cas limitativement énumérés par la loi. Nous verrons plus loin l'usage qu'on peut en faire dans le domaine de la garantie, où évidemment son importance ne saurait être que restreinte, compte tenu du but même de l'institution ¹.

Remarquons pour terminer que la banque pourrait encore refuser de mettre à disposition les fonds promis dans une ouverture de crédit, en opposant à son client « l'exception non *adimpleti contractus* ». Ce pourrait être le cas notamment si le débiteur refusait de satisfaire à son obligation de fournir des sûretés, puisque celles-ci constituent un des éléments essentiels du contrat ².

¹ Cf. art. 501 al. 1 CO, et ci-dessous, II^e partie, pp. 51 ss.

² Cf. VON TUHR, I, p. 118, et AESCHLIMANN, *op. cit.*, p. 87.

CHAPITRE IV

LE CRÉDIT ET SA GARANTIE

Nous avons vu que la confiance dans le crédit dépend au premier chef du degré de probabilité de remboursement des sommes avancées. Dans cette situation, le banquier n'est pas entièrement désarmé; il dispose de moyens susceptibles de renforcer sa confiance, de le protéger contre les risques, de tourner enfin cette probabilité en une certitude quasi absolue. Il est naturel que dans toute opération comportant un aléa, le créancier cherche toujours à se garantir, et l'on peut formuler ici cet axiome que plus les garanties sont efficaces et plus la confiance sera forte chez le créancier.

Mais il faut noter également que l'élément médiat entre les deux termes de crédit et de garantie est précisément ce qu'on appelle « le facteur risque ». Or, si *les risques d'un crédit* dépendent de la conjoncture économique, ils sont définis comme des risques d'ordre général; mais s'ils concernent chaque débiteur en particulier, ils sont des risques individuels. Pour évaluer ces derniers, on tiendra compte de toutes les conditions susceptibles d'influencer la solvabilité du client, c'est-à-dire d'une part, les conditions d'ordre personnel (moralité, réputation et compétence des chefs d'entreprise); d'autre part, les conditions d'ordre financier (capital, comptes et liquidité de la société). Cependant, les risques pourront varier aussi suivant la nature des opérations de banque envisagées, autrement dit selon le type du crédit utilisé. Mais nous savons, d'après l'exacte formule employée par Baudin, que « la durée du crédit elle-même modifie l'intensité du risque »¹. Cette formule suppose donc pour les

¹ *Op. cit.*, p. 16.

risques qu'ils dépendent également du facteur temps, autrement dit que la durée d'une opération justifie parfois la constitution d'une garantie. Il n'est pas rare d'ailleurs que les banques exigent après coup des garanties, qu'elles n'avaient tout d'abord pas prévues pour une ouverture de crédit; ou que les banques demandent au débiteur de remplacer par de nouvelles garanties des sûretés qu'elles considèrent comme impropres, insuffisantes ou caduques.

Nous constatons ainsi qu'il existe, déjà au travers du risque, une certaine interdépendance entre le crédit et sa garantie. Ces deux notions sont nécessairement liées l'une à l'autre et rétroagissent entre elles¹. Elles peuvent également se trouver juxtaposées, quand les deux parties deviennent simultanément et réciproquement créancières et garantes. Mais dans ce cas, les deux opérations de garantie demeurent entièrement distinctes et aucune compensation n'est possible². La garantie étant aussi liée au but économique du crédit, il importe que ce but soit connu et respecté des parties. Si l'emprunteur détournait de sa véritable fin une avance, par exemple, pour l'utiliser à d'autres fins que prévu, le garant serait libre d'opposer une exception libératoire au banquier. C'est du moins ce qu'a décidé le Tribunal fédéral dans un arrêt déjà assez ancien³, où il pose en principe

¹ On peut en avoir un exemple dans le principe universellement connu, que les sûretés garantissant un effet de commerce passent *ipso jure* à tous les porteurs successifs de l'effet. Si un billet a été émis en représentation d'une avance ou d'une ouverture de crédit garantie par une sûreté, la sûreté garantit le paiement de l'effet dans les mêmes conditions que le remboursement de l'avance ou du crédit (HAMEL, *op. cit.*, vol. II, p. 878).

² Ce serait le cas d'une banque octroyant un crédit de garantie à une entreprise, tandis que cette entreprise lui donnerait sa garantie en couverture d'un crédit: dans cette situation, la banque-caution est elle-même cautionnée par la maison qu'elle cautionne, ce qui suppose donc une réciprocité complète.

³ Arrêt du Tribunal fédéral du 26.6.1938, dans la cause Pfister et consorts contre Banque de Langenthal (ATF 64 II 208, *JdT*, 1939, p. 465). Dans cette instance, il résultait des circonstances qui avaient présidé à la conclusion du cautionnement que les cautions entendaient s'engager à garantir uniquement un crédit de construction que la banque devait ouvrir au débiteur principal. Or la banque avait en réalité ouvert un crédit ordinaire que le crédit avait utilisé à d'autres fins, sans que

que la banque a le devoir, dans l'intérêt même de la caution, de veiller à l'utilisation rationnelle et conforme du crédit.

L'interdépendance de ces deux notions se manifestera tout au long de l'existence du crédit et la pratique en fournit plusieurs exemples. Si, au moment de l'ouverture d'un crédit, des sûretés ont été promises, le banquier ne sera tenu de fournir la prestation qu'à la condition qu'il ait la preuve que les garanties ont bien été constituées dans les conditions fixées au contrat (CO 82). D'autre part, tout relèvement de la limite du crédit devra normalement être suivi d'une augmentation correspondante du montant de la garantie. De plus, si le but du crédit vient à changer, l'acte de garantie doit le mentionner expressément. Une prolongation du crédit, nécessitée par une gêne momentanée du débiteur ou par des raisons d'ordre commercial (assainissement, exportations, etc.), ne sera permise que si les garanties subsistent intégralement. Du même coup se trouvera évidemment soulevé tout le problème de leur prorogation¹.

la banque s'assure que les fonds qu'elle versait soient bien utilisés à la construction projetée. Il s'en était suivi que la réalisation forcée du terrain appartenant au débiteur principal, sur lequel la banque possédait une garantie supplémentaire sous la forme d'une cédula hypothécaire, avait laissé un découvert important, ce terrain étant demeuré non bâti. La banque fut déboutée de sa demande contre les cautions, celles-ci ne s'étant engagées à garantir qu'un crédit de construction, et non pas un crédit ordinaire.

¹ Pour déterminer les effets que peut avoir une prolongation du crédit sur le cautionnement, il faudra établir chaque fois si le cautionnement a été conclu pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée. Dans le premier cas, la banque devra poursuivre le débiteur dans les quatre semaines qui suivent l'expiration du temps pour lequel la garantie a été donnée, à défaut de quoi la caution sera libérée de plein droit (CO 510 al. 3). Cette règle du droit du cautionnement est impérative (CO 492 al. 4). Dans le second cas, lorsque le cautionnement a été donné pour un temps déterminé, l'art. 511 CO est applicable. Une caution, même solidaire, a le droit d'exiger que la banque introduise contre le débiteur principal une poursuite en réalisation des gages mobiliers, et qu'elle continue ses poursuites sans interruption notable. (CO 496 et 511 al. 1). Elle ne saurait d'ailleurs renoncer valablement à ce droit dans l'acte de cautionnement (CO 492 al. 4).

La banque qui prorogait un crédit sans l'assentiment de la caution s'exposerait donc à voir la caution invoquer les dispositions qui précèdent pour avoir cherché à se soustraire à ses engagements. Il arrive souvent que les formules de cautionnement des banques contiennent une clause spéciale prévoyant d'avance que « l'échéance du crédit pourra être

Enfin, comme nous l'avons déjà relevé, la dénonciation d'un crédit n'ira pas sans entraîner certains effets sur la garantie ¹. Inversement, on peut observer que dans la plupart des cas, la dénonciation de la garantie amènera presque inévitablement une dénonciation du crédit.

L'influence de la garantie sur le crédit se marque encore tout particulièrement dans les conditions très variables que les banques mettent à leurs avances de fonds vis-à-vis de leur clientèle. Plus fortes et plus sûres seront les sûretés offertes par le preneur du crédit et plus avantageuses aussi seront les conditions du banquier. Normalement, l'intérêt ou la bonification versée à la banque représente le prix du service rendu; mais il ne fait pas de doute que la commission perçue tient lieu aussi fréquemment de prime pour le risque couru par la banque. On le voit spécialement dans les variations du taux, qui peuvent être très sensibles entre un crédit en découvert, par exemple, et un crédit d'escompte, ou même un crédit d'acceptation. Là où le risque est plus grand, parce que la garantie est moins forte, il convient que la rémunération soit accrue. Cette idée trouve sa meilleure expression dans les opérations de réescompte, où le taux devient de plus en plus faible au fur et à mesure que le titre s'élève dans l'échelle bancaire, qu'il porte des signatures plus nombreuses, que celles-ci émanent de banquiers plus puissants, et qu'enfin l'effet est mieux garanti.

librement prorogée sans l'accord préalable de la caution ». En fait, des arrangements de ce genre se heurtent aux dispositions impératives de la loi et ne sauraient être reconnus. Dans tous les cas, la caution pourra se mettre au bénéfice des droits que lui confèrent les articles 510 et 511. La banque devra donc nécessairement, et quelles que soient les stipulations de l'acte de cautionnement à cet égard, requérir dans chaque cas particulier l'autorisation expresse de la caution. Cette autorisation est soumise à l'observation de la simple forme écrite, et non pas à la forme authentique, car elle constitue une modification du cautionnement primitif plutôt qu'un cautionnement nouveau (Cf. 493 al. 5 CO. Voir sur ces différents points, notamment OSER, SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 493, n° 84; art. 503, n° 6, litt. g; art. 509, n° 36; art. 510, n° 13; art. 511, n° 4).

En France, l'art. 2039 CCF prévoit que la simple prorogation d'échéance accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge pas la caution (cf. HAMEL, *op. cit.*, vol. II, p. 837, et note 1 p. 838).

¹ Cf. ci-dessus, chap. III, p. 37.

La garantie d'autre part, joue un rôle si important et si décisif pour les crédits qu'elle se trouve à la base même de leur classification. La distinction traditionnellement faite entre crédits personnels et crédits réels, que les banques utilisent dans leurs bilans, est aussi celle que nous avons retenue dans notre étude. Sans doute, la division des crédits fondée sur le mode de garantie dont ils sont assortis, apparaît-elle comme la solution la plus normale, si l'on considère que la question essentielle, aussi bien pour le débiteur que pour le créancier, est toujours de savoir quelles sûretés le preneur de crédit peut offrir au banquier. C'est d'ailleurs la distinction communément faite par tous les auteurs, et nous la reprendrons telle quelle, dans les termes mêmes où elle est énoncée :

Si l'emprunteur donne pour garantie sa seule personnalité, c'est-à-dire sa puissance de faire valoir des capitaux par le travail, sa réputation d'homme de bonne foi, l'habitude de remplir les engagements, le crédit se nomme *personnel*. Si, de plus, il donne au prêteur, comme garantie de remboursement, un droit spécial d'hypothèque ou de gage sur des valeurs actuellement existantes, ce crédit qu'il obtient se nomme *réel*¹.

Il apparaît donc que le crédit peut être accordé soit comme un crédit en blanc qui repose uniquement sur la confiance qu'inspire le débiteur, soit comme un crédit couvert, qui est assorti d'une garantie spéciale. Dans le premier cas, le banquier renonce à se faire consentir des sûretés portant sur une chose, dont la contre-valeur pourrait servir au remboursement de ses avances; son attention se tourne essentiellement sur la personnalité de l'emprunteur, envisagée de manière purement concrète, dans le cadre de son activité économique générale. Dans le second cas, le prêteur acquiert un droit particulier à se faire payer, le cas échéant, sur la valeur d'une chose déterminée qui lui est remise en gage; sa confiance est captée grâce aux biens actuels de l'emprunteur et à leur affectation spéciale au remboursement des sommes prêtées. Tandis qu'ici le crédit est accordé sur la base

¹ Définition des *Pandectes Belges*. Voir CRÉDOT, n° 3, t. 27, col. 927.

des éléments de richesse compris dans le patrimoine du débiteur et des droits réels susceptibles de les conserver pour sa garantie, là le crédit est consenti uniquement en raison de la personne même du débiteur et des institutions juridiques destinées à assurer l'exécution de ses obligations.

Généralement, le crédit réel, qui est représenté par une hypothèque ou un gage, est préféré par les banques, parce qu'elles considèrent qu'il offre le maximum de sécurité; pour les banques, la confiance faite au client doit rester plutôt l'exception¹. Il n'en demeure pas moins que le crédit personnel est d'application très fréquente dans le commerce et l'industrie. D'ailleurs, l'opinion a souvent prévalu que le crédit bancaire devait être en principe personnel, les sûretés n'intervenant qu'à titre de garanties accessoires, dans des cas isolés. On a même dit, avec raison, que le « véritable crédit était le seul crédit personnel », soit qu'on l'envisage du point de vue du banquier, qui le reçoit de son client, soit qu'on l'envisage du point de vue du client, qui le reçoit du banquier. D'après la définition que nous venons d'en donner, il n'est pas douteux que le crédit garanti par cautionnement ne doive être regardé comme un crédit personnel; en effet, si l'avance est bien garantie par une sûreté, cette sûreté garde pourtant un caractère personnel, et c'est là le critère décisif. Il en irait de même d'ailleurs pour le crédit d'escompte². Il ressort de ce qui précède que le crédit personnel peut se présenter sous deux espèces; ou bien il peut reposer sur la simple responsabilité personnelle du débiteur, ou bien il peut s'appuyer sur l'engagement conjoint d'un tiers, stipulé en la forme d'une sûreté personnelle. Mais tous les auteurs ne partagent pas cette opinion. Jöhr³ fait du crédit contre cautionnement, et par là-même de tous les crédits accordés contre sûretés personnelles, une catégorie intermédiaire entre le crédit

¹ C'est le vieil adage du droit romain « Plus cautionis in re est quam in persona ». (Digs. 50.17.25, Pomponius).

² D'un autre avis, AESCHLIMANN, *op. cit.*, p. 52, qui assimile le crédit d'escompte à un crédit couvert.

³ *Op. cit.*, p. 39.

en blanc et le crédit couvert. Zimmermann ¹ estime de son côté que le crédit cautionné constitue un crédit couvert, mais qu'il doit être traité comme un crédit en blanc. Kihm ², au contraire, assimile sans autre le crédit cautionné à un crédit réel, non sans d'ailleurs essayer de justifier sa manière de voir. Il faut dire que, dans la pratique, le cautionnement ou d'autres formes de sûretés personnelles peuvent servir aussi bien à garantir des crédits couverts que des crédits en blanc. Un cautionnement peut être même donné à l'appui d'un crédit hypothécaire, sans que celui-ci perde pour autant son caractère réel. La réciproque, en revanche, n'est pas vraie, car sitôt qu'une sûreté réelle se trouve attachée à un crédit, ce dernier devient par nécessité un crédit réel. Il arrive d'ailleurs fréquemment que les banques octroient des crédits à caractère mixte, qui sont créés pour être utilisés à la fois comme crédit réel (accréditifs), et à la fois comme crédit personnel (facilités de caisse en blanc).

Le crédit fondé sur les garanties réelles représente sans doute la forme la moins évoluée du crédit. On le trouvera là où les conditions générales de sécurité sont précaires et là où la situation du créancier n'est pas protégée d'une manière suffisante par le droit. Le crédit personnel ne peut, en effet, se développer que dans un climat d'ordre avec un minimum de confiance dans l'avenir, de respect dans la foi jurée et de stabilité dans la vie économique. Le prêteur doit être puissamment armé pour obtenir à l'échéance le recouvrement de sa créance. Cette constatation a sa place ici, parce qu'il serait avantageux que notre législation s'en tînt toujours à ce principe, plutôt que de donner parfois la préférence à d'autres intérêts plus ou moins légitimes et valables, ainsi que la revision du cautionnement en fournit de trop nombreux exemples ³. Malheureusement, le crédit personnel n'échappe pas à cette tendance, que nous avons déjà notée ⁴, de la « dépersonnalisation du crédit »; il semble rétro-

¹ Cf. *SJZ*, vol. 19, 1923, p. 193.

² KIHM, *op. cit.*, p. 8.

³ Cf. ci-dessous, chap. X, 1^{re} partie, pp. 142 ss.

⁴ Cf. ci-dessus, chap. II, p. 27.

grader de plus en plus de nos jours pour céder le pas au crédit réel ¹. L'insécurité de notre temps, l'évolution de notre société moderne y sont sans doute pour beaucoup ². Pourtant en Suisse, les banques sont d'une manière générale très larges, lorsqu'il s'agit d'octroyer des crédits en blanc; elles partent de l'idée en effet qu'un crédit accordé sur la base de l'étude de situations comptables est souvent moins dangereux qu'un crédit sur titres ou sur marchandises ³.

Le crédit personnel est soumis à des règles d'application très strictes, destinées à compenser dans une certaine mesure la fragilité relative des bases de l'institution. Il est essentiel que le crédit personnel repose sur des bases solides et s'appuie sur des solutions législatives et juridiques éprouvées. C'est ainsi que l'on parera aux faiblesses inhérentes au système, et nous consacrerons plus loin une partie importante de notre étude à l'examen de ces principes. D'un autre côté, pour l'octroi des crédits en blanc, les banques se soumettent elles-mêmes à certaines règles qu'il est utile de rappeler en passant. Tout d'abord, afin d'en réduire les risques, le crédit personnel n'est jamais utilisé qu'à court terme. Son montant ensuite est limité à un maximum, qui doit toujours rester en étroite proportion avec les fonds propres de l'entreprise. Un crédit en blanc n'est jamais accordé non plus qu'à des maisons de premier ordre, et qui sont inscrites au registre du commerce ⁴; il s'agit donc d'un crédit strictement commercial, qu'on trouvera surtout en vigueur chez les grandes banques ⁵. Celles-ci prendront chaque fois en

¹ Cf. KURZ-BACHMANN, *Die schweizerischen Grossbanken*, pp. 55 et 56. D'après les statistiques de la Banque Nationale Suisse (*das schweizerische Bankwesen im Jahre 1952*, p. 39), le montant total des débiteurs en compte courant s'est élevé en 1952 à 4915 millions, dont 4013 millions sont des crédits gagés et 902 millions seulement des crédits en blanc. Sur un total général pour les banques suisses des comptes courants débiteurs et avances et prêts à terme fixe de 6958 millions, 5849 millions (soit le 85%) représentent des débiteurs gagés, et 1109 millions seulement (soit le 15%) des débiteurs en blanc.

² Cf. HEROLD, *Das Kreditgeschäft der Banken*, p. 223, et LESTAPIS, *op. cit.*, p. 62.

³ Cf. JÖHR, *op. cit.*, p. 36, et KIHM, *op. cit.*, p. 8.

⁴ Cf. KURZ-BACHMANN, *op. cit.*, p. 48.

⁵ Cf. JÖHR, *op. cit.*, p. 37.

considération dans une proposition de crédit le but de la demande qui leur est présentée, et exigeront pour faciliter leur contrôle d'être l'unique ou la principale relation bancaire de leur client. Car plus qu'aucun autre type de crédit, la forme personnelle suppose des rapports de confiance étroits entre le preneur et le donneur du crédit : on l'accordera, en effet, en raison des qualités personnelles de l'emprunteur, c'est-à-dire de ses antécédents, de sa notoriété et de ses capacités professionnelles¹. De plus, on tiendra compte aussi spécialement de la situation financière de l'entreprise, en considérant la marge de ses actifs immédiatement réalisables, le montant du capital social et les engagements souscrits pour des tiers, même si ces derniers ne figurent pas au bilan². Les banques ont ainsi l'obligation de prendre des renseignements sur leurs clients et de se livrer à un examen général et approfondi de toutes les circonstances de l'espèce. Il est aisé de concevoir donc que l'octroi d'un crédit en blanc signifiera toujours que le débiteur jouit d'une situation économique avantageuse, et constituera la référence la plus précieuse pour la bonne marche de son entreprise. On notera au surplus que les règles que nous venons de voir s'appliquent non seulement aux crédits en blanc, mais d'une manière générale à toutes les sûretés personnelles. En effet, les principes seront les mêmes, que la banque table sur le « crédit personnel » d'un débiteur ou sur celui d'une caution. Il arrivera même que la banque ait à contrôler simultanément la situation de l'un et de l'autre : ce sera le cas précisément quand le crédit se trouvera accompagné d'une garantie d'ordre personnel. Mais alors cette appréciation comportera de nombreux aléas et le handicap deviendra considérable ; c'est là sans doute l'une des causes caractéristiques de faiblesse de la garantie personnelle.

La notion du crédit personnel repose sur des bases qui diffèrent sensiblement du fondement du crédit réel. Tandis que celui-ci s'appuie sur une chose ou un objet, celui-là se réfère

¹ Cf. ci-dessus chapitre premier.

² Pour les points à observer dans l'étude des bilans, cf. KAEFERLEIN, *op. cit.*, pp. 117 ss.

à une personne ou à un sujet. Cette différence se marquera principalement dans les règles d'estimation que nous venons de voir. Alors que dans le crédit réel, l'estimation des actifs peut être faite sur la base de certains chiffres connus, permettant une appréciation plus ou moins exacte et définitive de la situation, dans le crédit personnel, au contraire, l'évaluation est beaucoup plus difficile. Cette estimation repose alors sur des données infiniment plus changeantes et beaucoup moins précises. Si dans la première hypothèse, le rapport de garantie garde toujours une valeur objective, dans la seconde, en revanche, ce rapport prend une valeur purement subjective : au lieu d'être consenti en fonction d'éléments de richesse définis, le crédit est alors accordé uniquement à raison d'un lien personnel. Dans le crédit réel, contrairement à ce que nous avons vu pour le crédit personnel, le banquier ne tiendra pas compte de la personne de l'emprunteur, ni du but qu'il poursuit : ses seules considérations s'arrêtent à la valeur de l'objet du gage. Ainsi, tandis que les institutions du crédit réel tendront toujours à conserver les biens du débiteur et seront par conséquent d'essence purement statique, celles du crédit personnel au contraire répondront à une conception foncièrement dynamique, puisqu'elles ont avant tout en vue l'activité future du débiteur, ses perspectives d'avenir et la manière dont il fera fructifier ses capitaux.

II^e PARTIE

LA GARANTIE

CHAPITRE V

LA NOTION DE GARANTIE

Nous l'avons dit, faire la théorie du crédit, c'est faire la théorie de la confiance et la garantie n'est au fond rien d'autre qu'un renforcement de cette confiance.

Envisagée sous l'angle particulier du crédit, la garantie peut être regardée comme « un palliatif à une déficience de l'état juridique du créancier chirographaire »¹ ou, si l'on veut, en termes quelque peu différents, comme un privilège conféré au créancier pour suppléer à l'insuffisance de son droit personnel contre le débiteur.

Dans son sens général, le terme de garantie sert à désigner toute espèce de moyen juridique d'éviter une perte ou de réparer un dommage. Avoir une garantie, c'est être au fond au bénéfice d'un droit subjectif, par l'exercice duquel on pourra échapper, le cas échéant, aux conséquences dommageables d'un fait déterminé².

Ce droit peut être un droit réel, tel qu'un droit de gage ou un droit de propriété fiduciaire.

¹ LESTAPIS, *op. cit.*, p. 59.

² LABBÉ, dans la *Revue pratique de droit français* (1865, p. 242, n° 2) définit la garantie comme « l'obligation légale ou conventionnelle de défendre une personne contre un dommage dont elle est menacée ou de l'en indemniser si ce dommage vient à se réaliser ».

Ce peut être aussi un droit personnel, autrement dit un droit de créance. La garantie réside alors dans un rapport juridique unissant la personne garantie à une autre personne, qui est le garant. La garantie, en d'autres termes, revêt la forme d'une obligation. Est garant celui qui est tenu de faire en sorte qu'une autre personne (le garanti) ne subisse pas une perte ou un dommage, ou si ce dommage survient, de le réparer.

Mais l'idée de garantie comporte toujours un autre élément. L'obligation du garant est, par définition, indépendante de sa faute. La personne tenue de réparer le dommage causé par un acte illicite, en vertu de l'art. 41 CO, ou le débiteur obligé à réparer le dommage causé par l'inexécution de son obligation, en vertu de l'art. 97 CO, ne sont pas des garants au sens strict du terme, car leur obligation repose sur une faute qu'ils ont commise.

En revanche, la personne qui a l'obligation de réparer un préjudice qu'elle n'a pas causé, ou qu'elle n'a pas causé par sa faute, peut à juste titre être appelée « garant ». C'est ainsi que le débiteur est garant des actions de ses auxiliaires, selon l'art. 101 CO; le propriétaire d'un bâtiment ou d'un ouvrage est garant des conséquences d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien; le vendeur est garant de l'acheteur pour les suites d'une éviction, pour les défauts de la chose ou encore l'absence des qualités promises.

Les obligations de garantie peuvent se distinguer suivant la nature du fait ou de l'événement garanti.

En premier lieu, ce peut être le fait du garant lui-même. Ainsi le vendeur qui garantit la bonne fin de la livraison est un garant au sens véritable, puisque, par dérogation à l'art. 97 CO, il est tenu de réparer le dommage résultant du défaut de livraison, indépendamment de toute faute.

En second lieu, ce peut être le fait d'autrui. Tel est le cas du porte-fort, par ex., ou le cas du détenteur d'un véhicule automobile, qui confie le véhicule à un tiers, et que la loi rend garant du dommage causé par la faute du conducteur.

En troisième lieu, il est possible de garantir un fait dépendant

de l'ordre naturel. Il est licite de prendre à sa charge, indépendamment de toute faute, les conséquences préjudiciables qu'un événement naturel est susceptible d'avoir pour autrui. L'assurance rentre dans cette catégorie.

Les obligations de garantie peuvent aussi se distinguer selon le genre et l'objet de la prestation que le garant est tenu d'accomplir. Dans la grande majorité des cas, cette prestation consiste à verser au garanti une somme d'argent en compensation.

Dans les opérations de banque, la plupart des garanties personnelles se rapportent au fait d'autrui, et plus particulièrement au paiement de la dette d'autrui. Dans un cas de « garantie d'un crédit », le garant s'obligera vis-à-vis de la banque créditrice en vue de garantir le paiement de la dette contractée par le crédit. S'agissant au contraire d'un « crédit de garantie », la banque garantira vis-à-vis d'un tiers la dette contractée par son client.

L'obligation de garantie (qui n'est autre que l'obligation du garant envers le garanti) ne doit pas être confondue avec l'obligation de fournir une garantie ou l'obligation de fournir des sûretés. Une obligation de cette sorte trouvera, suivant les cas, son fondement dans la loi, dans une décision d'une autorité ou dans un contrat. L'une des parties contractantes promettra alors à l'autre de lui procurer une sûreté, destinée à garantir l'obligation d'un tiers, ou éventuellement sa propre obligation (que celle-ci résulte du même contrat ou d'une autre source légale ou contractuelle).

L'obligation contractuelle de fournir des sûretés se rencontre fréquemment dans le système des crédits, où elle constitue pour le preneur de crédit une obligation corrélative à celle du donneur de crédit. Le contrat de crédit (c'est-à-dire le contrat de prêt, d'ouverture de crédit, etc.) prend alors le caractère d'un contrat bilatéral, avec tous les effets qu'il comporte; les articles 82, 83 et 107 CO, en particulier, lui sont applicables.

La forme de la garantie (qu'elle soit réelle ou personnelle), ainsi que son étendue et ses modalités, sont en général déter-

minées par la convention. Si celle-ci dispose simplement que le débiteur s'oblige à fournir des sûretés ou à faire l'apport de garantie en quantité suffisante, le débiteur garde en principe le choix du mode de sûreté à fournir. Ce peut être, par exemple, un gage mobilier, un gage immobilier, le dépôt d'une somme d'argent ¹, le cautionnement d'un tiers, etc. Mais dans tous les cas, la prestation de sûretés devra être exécutée de telle manière que le but même de la garantie soit atteint. C'est dire que la garantie devra être suffisante eu égard à l'étendue de la dette à garantir et aux autres conditions générales dans lesquelles se déroule l'opération ; s'agissant en particulier d'un cautionnement, la caution devrait posséder en tout cas une fortune ou un crédit suffisant. De son côté, le créancier aura le moyen de s'assurer de cette exécution par la voie de la poursuite « aux fins d'obtenir des sûretés », prévue à l'art. 38 LP, laquelle pourra tendre aussi bien à l'apport d'un cautionnement qu'à la prestation d'une sûreté réelle ou à la consignation d'une somme d'argent.

Pourtant, le droit positif ne contient nulle part des dispositions d'ensemble qui s'appliquent comme telles à la notion de garantie ². Le code se borne à énoncer un certain nombre de cas particuliers dans lesquels l'acquéreur d'un droit ou d'une chose est en droit d'invoquer une garantie ; en revanche, il n'édicte nulle part des dispositions générales ³.

Nous avons employés ci-dessus tantôt le terme de garantie, tantôt le terme de sûreté. Ces mots ne sont pas exactement synonymes. La sûreté n'est qu'une espèce de garantie : c'est une garantie fournie en vue de l'exécution d'une obligation.

¹ C'est-à-dire le dépôt d'une caution, dans le sens que l'on donne couramment au mot « consignation ».

² A notre connaissance, aucune étude n'a jamais été faite sur « la notion juridique de garantie ». Il y aurait certainement un intéressant travail de doctrine à présenter sur ce sujet, dont nous ne pouvons qu'esquisser ici les lignes principales.

³ Huc fait remarquer dans son *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, n° 479, que c'est « dans la partie générale du code civil français, consacrée aux effets des obligations, qu'il eût été logique de formuler les règles relatives à la garantie ».

Tandis que le concept de garantie est très large et embrasse tous les cas où une personne a le devoir d'éviter un dommage ou de le réparer indépendamment de sa faute, la notion de sûreté est une notion plus étroite, qui vise le cas particulier de la garantie stipulée pour éviter que le créancier ne souffre de l'inexécution d'une obligation. La sûreté peut donc se définir comme « le moyen d'assurer l'exécution d'une obligation par une règle de droit ».

Si notre législation ne définit pas la notion de garantie, et si celle-ci ne constitue pas en soi une entité juridique consacrée par des normes de droit ¹, la loi réglemente, en revanche, les moyens techniques qui permettent de se la procurer. Nous pensons ici à ces « sûretés », au sens propre du terme, que constituent le gage, le cautionnement et autres institutions analogues. Ces contrats, ou les principaux d'entre eux, ont leurs conditions et leurs effets réglementés dans la loi. Tels qu'ils sont définis par le code, ils se suffisent à eux-mêmes, et il n'est point besoin pour les compléter d'avoir recours à des normes plus générales, ressortissant à une théorie légale de la garantie. Comme la garantie n'intéresse le crédit que d'un point de vue pratique, utilitaire, ce sont précisément ces formes particulières de la garantie qui retiendront notre attention dans ce travail.

Nous noterons tout d'abord que la garantie découle de trois sources légales : d'une part, les dispositions générales du droit des obligations, qui s'appliquent à la garantie comme à n'importe quel autre rapport contractuel; d'autre part, les dispositions légales qui régissent les conventions particulières de garantie ou telles qu'elles ressortent expressément du code civil ou du code des obligations; enfin les stipulations particulières de chaque contrat, qui sont librement convenues au gré des parties (CO 19).

Dans la pratique des banques, qui nous intéresse avant tout dans ce travail, la garantie résulte toujours d'une convention.

¹ La loi ne connaît pas à proprement parler de « contrat de garantie applicable d'une manière tout à fait générale. Le « Garantievertrag » (porte-fort) ne représente qu'une institution particulière de la loi, et sa portée est limitée.

Considéré en soi, le contrat constitutif de garantie est un contrat unilatéral, puisque seul le garant s'oblige en faveur du créancier, sans recevoir aucune contre partie de ce dernier. Néanmoins nous avons vu plus haut (p. 53) que la promesse de fournir une sûreté est souvent échangée contre la promesse d'accorder un crédit ou un prêt; on regardera donc cette promesse comme un élément d'un contrat synallagmatique parfait. D'un autre côté, la garantie se trouve être en principe un acte gratuit, en ce sens que la personne qui donne sa signature à titre de caution ne prétend à rien en échange. Toutefois, la garantie a tendance à se commercialiser de nos jours et à devenir un acte à titre onéreux. Tel est le cas de la banque, qui se porte caution en faveur d'un tiers pour le compte de son client et stipule à son profit une prestation de ce dernier.

Le Tribunal fédéral a admis que la garantie devrait toujours résulter d'une clause expresse, formelle et ne se présuait jamais ¹. On ne saurait se livrer d'autre part à une interprétation extensive du contenu d'un engagement, pour donner à la garantie une signification et une portée que n'ont pas réellement voulues les parties ². La déclaration expresse exigée pour la constitution d'une garantie devra être donnée soit sous forme d'une clause « ad hoc » insérée dans un contrat ³, soit sous forme d'un acte juridique propre, séparément conclu. Mais c'est là pure question de forme, qui ne touche pas au fond de l'obligation de garantie. C'est dans un tout autre sens que l'on dira de l'engagement de garantie qu'il représente tantôt une obligation *indépendante*, tantôt une obligation *accessoire*. Si l'on considère le contrat de garantie en tant que contrat constitutif de « sûreté », il repré-

¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 17.9.1910, Fraiteur c. Muller, ATF 36 II 379.

² Cette règle est tout particulièrement vraie pour les émissions d'emprunts, où les banques ne sauraient être tenues vis-à-vis du public pour garantes du remboursement des titres et du service de l'intérêt qu'en vertu de dispositions spéciales. (Voir arrêt de la Cour de Justice de Genève du 19.4.1921, Société de Banque Suisse c. Gevers, non publié).

³ Cette clause constituera normalement un élément essentiel du contrat (art. 21 CO); son importance, en effet, est telle que sans cette garantie accessoire, la créance serait vaine.

sente un engagement accessoire : la sûreté s'y trouve dans le rapport le plus intime avec le droit de créance. Le rapport est accessoire, puisque le cautionnement ne saurait se concevoir sans une obligation principale, laquelle lui sert en quelque sorte de support. Ce caractère accessoire, voulu par la loi, découle du but même de la garantie, dans lequel le cautionnement s'absorbe tout entier. En revanche, si l'on utilise à des fins de sûretés des contrats, qui n'ont pas pour but spécifique la garantie des obligations, ces contrats donneront naissance à des obligations indépendantes, qui auront une existence propre.

A part cet élément accessoire, qui prévaut dans la généralité des cas, la garantie se distingue encore par un second élément intrinsèque : son caractère conditionnel. Le cautionnement, comme tous les autres contrats de garantie, représente une obligation conditionnelle. La garantie, en effet, qui est une obligation « préconstituée pour l'avenir », porte toujours en soi cet élément d'incertitude caractéristique de la « condition ».

La garantie ne sera échue et exigible que si l'événement dommageable redouté par le bénéficiaire se réalise ou si l'obligation principale n'est pas exécutée ponctuellement, pour prendre le cas de sûretés réelles ou personnelles qui se présentent comme l'accessoire d'une créance principale.

La notion de garantie est multiple et changeante, elle s'infiltré dans les domaines juridiques les plus divers, en sorte qu'il est souvent malaisé de la déceler et de la reconnaître.

En considérant l'ensemble des institutions destinées à assurer l'exécution des obligations, et destinées en même temps à soutenir la confiance du créancier, nous constatons que la sécurité du crédit évolue entre deux pôles :

- a) d'un côté, nous avons la solvabilité exclusive du débiteur — le banquier se trouvant placé dans la situation d'un créancier chirographaire ;
- b) d'un autre côté, nous avons la garantie personnelle du débiteur, qui est renforcée par des sûretés données sous forme d'engagements contractuels.

Il nous reste pourtant à déterminer où commence la garantie c'est-à-dire où doit être tracée la limite entre ce qui est une garantie véritable et ce qui n'est qu'une simple promesse accessoire donnée par le débiteur.

A côté des formes classiques de sûretés et de certaines institutions contenues dans la loi, qui peuvent être utilisées à des fins de garantie, l'homme d'affaires, le banquier disposent de toute une gamme de procédés originaux, qui ont été formés par la vie économique. D'une grande variété, mêlés à des actes juridiques multiples et divers, ces modes de garantie « sui generis » sont de pures créations de la pratique qui contribuent à renforcer puissamment les moyens techniques du crédit. Dans l'impossibilité d'établir une définition commune, ni même une énumération exhaustive, nous nous bornerons à citer dans ce chapitre quelques exemples empruntés aux opérations courantes des banques. Certains de ces moyens conservent un caractère nettement juridique. D'autres ont une valeur plutôt morale, car la loi ne les sanctionne pas et ils n'ont pas toute l'efficacité qu'ils devraient pour atteindre au but visé. D'autres enfin restent confinés au domaine des affaires; ces moyens ne constituent pas des sûretés au sens juridique du terme, mais représentent quand même des garanties de fait, puisqu'elles permettent au banquier de prendre des mesures efficaces, propres à éviter des pertes dues à l'insolvabilité du débiteur : on parlera alors de garanties « économiques ».

Dans cette catégorie, nous citerons en premier lieu la signature d'une reconnaissance de dette en faveur du créancier. En effet, la possession d'un titre attestant juridiquement l'existence de l'obligation contractée par le débiteur constitue pour le créancier une garantie au sens large du terme. Comme nous l'avons souligné plus haut, c'est « un moyen juridique d'éviter une perte ou un dommage ». S'il a en mains une reconnaissance de dette, le créancier pourra prouver plus facilement au juge l'existence de sa créance. D'autre part, le créancier peut se mettre au bénéfice des dispositions de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, dispositions qui lui accordent certains

avantages de procédure, s'il peut produire une reconnaissance de dette (par exemple mainlevée provisoire de l'opposition, LP art. 82).

Il se peut que le titre remis au créancier par le débiteur consiste simplement en une reconnaissance de dette conditionnelle ou à terme; il s'agira alors d'un engagement de payer sous certaines conditions déterminées et à une époque donnée ¹. Lors des émissions d'actions ou de parts sociales, par exemple, il est d'usage courant de réclamer aux souscripteurs des reconnaissances « pour le solde non versé ». L'administration ou les créanciers sociaux se trouveront alors au bénéfice d'un titre qui comprend exactement les obligations prévues aux articles 681 et 687 CO, mais qui permet des poursuites plus efficaces et plus rapides.

Un autre procédé courant de garantie consiste à exiger du débiteur qu'il s'engage à compléter le cas échéant les garanties existantes, ou à fournir des sûretés supplémentaires à première réquisition. Ailleurs, on verra aussi le débiteur prendre l'engagement envers le créancier de coopérer en vue d'obtenir la prestation d'un tiers, prestation qui, par hypothèse, profitera au créancier ². Ou bien, dans d'autres cas, on verra encore le débiteur s'obliger à augmenter dans un certain délai le capital-actions d'une société ou la commandite d'un associé, de manière à garder les fonds propres de l'entreprise dans un rapport convenable avec les crédits alloués. Dans le même ordre d'idées, on pourrait encore citer le cas du débiteur qui s'engage à constituer des hypothèques sur certains immeubles de sa propriété, au profit du créancier. Ou encore celui de la Banque centrale

¹ Par exemple ce cas pourra se présenter dans un crédit de construction; une déclaration sera fournie au créancier aux termes de laquelle une certaine somme sera versée par un tiers une fois la construction achevée; ou bien une déclaration sera fournie selon laquelle les avances seront remboursées par le débiteur sur le produit de la vente de l'immeuble (ou éventuellement après consolidation du prêt par voie hypothécaire).

² Un engagement de ce genre pris par un tiers ne suffit pas à créer un cas de porte-fort (cf. *ZBJV* 59, p. 104, arrêt de la Cour cantonale de Lucerne du 3.7.1922).

d'un Etat qui s'oblige à accorder le moment venu les devises nécessaires à la réalisation d'une opération financière donnée.

Enfin, on pourrait encore citer la promesse de céder une créance — le « *pactum de cedendo* », CO 165 al. 2 — qui constitue un *engagement de faire*, en même temps qu'une *promesse de contracter*. Son application est assez fréquente : on en trouvera un exemple chez le débiteur qui accepte de céder à la banque des créances, des prétentions à une assurance, des subventions de l'Etat, etc. qui ne peuvent être perçues immédiatement, mais dont l'exécution doit être différée. Cependant nous sommes ici à la limite entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. La cession fiduciaire d'une créance à des fins de sûreté doit évidemment être classée parmi les sûretés réelles, dès qu'elle a eu lieu avec son effet translatif de propriété au profit du créancier. Si nous rappelons ici cette opération, extrêmement fréquente dans la pratique bancaire, c'est évidemment pour souligner le caractère purement personnel que revêt la promesse de céder une créance. Il en va de même d'ailleurs de la promesse faite par le client d'une banque, qui s'engage à fournir, sous certaines conditions, un gage sur une créance (*pactum de pignore dando*). Dans ce cas, comme dans l'autre, on est en présence d'une convention qui sort des effets personnels strictement limités aux rapports juridiques entre la banque et le débiteur, et par conséquent inopposable aux tiers. Considéré en lui-même, un engagement de ce genre constitue une sûreté personnelle, mais son exécution donnera effectivement naissance, au profit de la banque, à une garantie réelle.

Un autre cas de garantie personnelle peut dériver également d'un *engagement de ne pas faire*. Le « *pactum de non cedendo* », ou clause d'inaliénabilité, rentre dans cette catégorie. En obligeant le débiteur à conserver dans son patrimoine certains biens, cet acte juridique permet au créancier de maintenir l'exercice effectif de son droit de gage général, sans toutefois créer de privilège sur les biens désignés. C'est une forme de sûreté analogue à la « clause négative », qui, nul doute, représente une sûreté personnelle. La validité d'un engagement de ce genre

est d'ailleurs discutée en droit moderne, certains auteurs estimant qu'il est contraire au principe de la libre circulation des biens. Mais cette argumentation ne nous paraît pas convaincante au regard de l'art. 27 CCS. Le « pactum de non vendendo » ou « de non cedendo », par exemple, pourra être utilisé par le créancier, comme garantie indirecte, pour éviter la dilapidation des biens du débiteur et assurer le maintien de son potentiel économique. Les banques, dans de nombreux cas, en effet, soumettent leurs clients à l'obligation de ne pas se départir de certains fonds ou de certaines marchandises, de ne pas retirer ou ne pas diminuer leur dépôt, de ne pas grever leurs actifs ou ne pas constituer d'hypothèques sans autorisation, enfin parfois de ne pas contracter d'emprunts. Dans d'autres cas, ces mêmes banques stipuleront qu'aucun autre créancier ne pourra être remboursé par préférence avant le terme fixé; qu'aucune garantie spéciale ne pourra être concédée à d'autres créanciers sans qu'elles-mêmes y participent à parité de rang; qu'aucune extourne sur l'encaisse ne pourra se faire sans leur consentement. Enfin, il pourra même arriver que les banques exigent que toute rentrée de fonds soit portée en compte pour y servir de couverture au crédit. Autant de situations, autant de cas différents. Pour formels qu'ils soient, ces engagements n'en demeurent pas moins souvent platoniques. Ils ne mettent pas obstacle à la validité juridique des actes qu'ils tendent à interdire. Ils n'ont d'autre sanction que celle qui découle des dispositions générales du CO dans le cas d'inexécution des obligations. Or, si la garantie consiste à compter sur les dommages-intérêts d'un débiteur probablement insolvable, autant dire que cette garantie est inexistante ! Des engagements de ce genre auront donc une valeur plus morale que juridique : là encore, ils reposeront avant tout sur la confiance que le créancier peut avoir en son débiteur. On notera en passant que les restrictions contractuelles au droit d'aliéner ne peuvent faire l'objet d'une annotation au Registre foncier (CCS 960).

A côté de ces « engagements » de nature juridique, les banques se servent encore pour garantir leurs avances de certains *pro-*

cédés spéciaux, qui relèvent plutôt de la technique du crédit. Ce sont, en fait, de simples formalités. A la différence des cas précédents, le but de garantie est atteint alors en dehors de toute attribution d'un droit. Dans le domaine qui nous intéresse particulièrement, nous pouvons citer comme exemple l'information en matière de crédit. Si l'on observe, en effet, qu'il y a continuité logique, et non plus simplement juridique, entre le témoignage que peut offrir un tiers au sujet du débiteur d'une part, et la garantie personnelle qu'il peut donner d'autre part, force nous est de conclure que les références et autres sources d'information, qui intéressent le banquier et renforcent sa sécurité, ont bien le sens et la valeur d'une « garantie »¹. D'ailleurs, on peut en dire autant d'autres mesures tout aussi classiques et indispensables, telles que l'étude régulière des bilans et des situations comptables ou l'étude analytique statique des risques. De même, il faut admettre encore que le crédit bénéficiera d'une sécurité accrue, lorsque son affectation se trouvera dirigée et son utilisation contrôlée. Il arrive souvent, en effet, qu'en remettant des fonds, le banquier précise d'emblée dans l'acte d'ouverture de crédit leur destination et leur but : des facilités pourront être consenties, par exemple, en vue de l'achat de marchandises. Par le jeu de cette affectation spéciale, ou simplement par une surveillance régulière de l'emploi des fonds, le banquier pourra se préconstituer en quelque sorte une garantie pour l'avenir et sera assuré de retrouver toujours la contre-valeur de ses crédits dans le fonds de commerce de son débiteur².

En dernier lieu, nous citerons le cas du mandataire commun

¹ Il nous paraît intéressant de signaler un arrêt du Tribunal fédéral, Luginbühl c. Mützenberg, ATF 37 II 182, où une demande en dommages-intérêts, fondée sur l'art. 41 CO, avait été introduite contre un tiers pour avoir fourni des informations inexactes en matière de crédit. L'action fut toutefois rejetée, parce qu'il n'y avait pas eu intention ou négligence de la part du tiers. Voir aussi un cas de la jurisprudence française, du 30.6.1851, à Rouen, cité par Dalloz, D.P. 53.2.154, où la responsabilité du tiers a été reconnue.

² On notera que si le client ne respecte pas l'affectation prévue, le banquier ne peut le poursuivre sous l'inculpation d'abus de confiance : il est simplement fondé à dénoncer le crédit, faute par le client d'avoir respecté une des conditions expressément prévue au contrat.

ou trustee, qui peut être désigné par le banquier, et qui est un moyen auxiliaire de garantie fréquemment utilisé. Il s'agit, en fait, d'obtenir d'un tiers son engagement personnel pour qu'il assure la conservation d'une chose dans l'intérêt du créancier. Le fidéicommissaire est appelé, dans ces cas, à jouer le rôle d'intermédiaire agréé entre le banquier et son débiteur; c'est lui qui, comme trustee du créancier, est chargé de garder sous son contrôle, jusqu'au dénouement complet de l'opération financière (cas des accreditifs), les marchandises en fabrication, en dépôt ou en transit. Au lieu de grever la marchandise d'un droit de gage régulier, qui ne pourrait être constitué que difficilement, le banquier se contente d'un engagement fiduciaire du fabricant, du dépositaire ou du transitaire. Ce dernier sera alors tenu de garder la marchandise à la disposition exclusive du créancier, qui pourra seul autoriser son éloignement contre présentation des documents prescrits. Le même processus peut d'ailleurs être réalisé par l'intermédiaire des banques : il arrive souvent, par exemple, qu'à l'ouverture d'un accreditif, le banquier demande à son correspondant à l'étranger d'être son fidéicommissaire et de garder sous son contrôle les marchandises qui représentent la contre-valeur du crédit. La banque étrangère tient alors les rôles de garante et de trustee, et la portée de son engagement personnel sera toujours une question de fait et d'interprétation.

CHAPITRE VI

LA CAUSE DE LA GARANTIE

Nous avons vu que la garantie trouve sa justification et sa raison d'être dans l'existence d'un risque, le risque même qui est inhérent au crédit ¹. La fonction de la garantie chez les banques sera donc précisément d'assurer la couverture de ce risque. Il est évident qu'une étude de la garantie devrait logiquement comporter une théorie des risques, mais il n'est guère possible de l'entreprendre dans le cadre de ce travail, et notre rôle se bornera simplement à l'esquisser dans ses principes essentiels ².

D'où qu'ils viennent, les risques se traduisent toujours pour la banque par la perspective de devoir payer (cas du « crédit de garantie ») ³, ou par l'éventualité de ne pas être payée (cas de la « garantie d'un crédit »). Dans ces deux cas, la banque est exposée à subir des pertes, lesquelles, ne sont rien d'autre en fait, qu'un résidu du risque. Comme elles dépendent étroitement de la situation du débiteur, des pertes ne peuvent se produire que si l'intéressé est incapable de tenir ses engagements à l'échéance. Comme la solvabilité du débiteur ne saurait être influencée par le créancier, il appartient au Droit de créer les moyens propres à éliminer ou à diminuer les risques du crédit : ce sera là précisément le rôle dévolu à la garantie. La pratique, pourtant, enseigne qu'il faut répartir les risques du crédit d'une

¹ Cf. ci-dessus chap. IV, pp. 40 ss.

² Voir à ce sujet : HAMEL, *op. cit.*, vol. II, pp. 808 ss., et ANCEY, *Les risques du crédit*, Paris 1926.

³ Par exemple, dans le cas d'une émission de titres garantie par une banque, cette dernière courra le risque d'avoir à libérer elle-même le solde des titres non souscrits par le public et de devoir les réaliser ensuite au-dessous du pair.

part en risques généraux, communs à toutes les ouvertures de crédit (moralité, solvabilité, etc.), d'autre part en risques particuliers, propres à chaque procédé de répartition des avances (escompte, acceptation, compte courant). C'est dire que suivant la nature des risques, le type de la garantie pourra changer. Cela est clairement démontré par la grande variété des garanties utilisées par les banques pour la couverture de leurs engagements. Mais inversement, on peut aussi en déduire que c'est par la nature même des risques que l'on pourra souvent distinguer les divers types de garanties entre eux.

On remarquera d'autre part que le but économique d'une obligation s'exprime avant tout dans sa cause juridique¹. Il est de règle d'admettre que sans cette cause, l'acte juridique n'aurait pas été accompli, et que hors de son existence, il n'y aurait pas de contrat. C'est en partant de cette idée qu'on a parfois défini la cause d'une obligation comme son « motif juridiquement suffisant ». Cette cause est la raison, toujours identique dans un contrat d'une espèce déterminée, pour laquelle les contractants se sont engagés. Ainsi à chaque devoir juridique particulier correspond toujours une cause propre qui donne son caractère spécial au contrat. La cause des contrats se double au surplus d'une cause étiologique, d'ordre subjectif, représentant l'antécédent déterminant de la résolution prise par l'individu²; celle-ci n'est rien d'autre que le mobile psychologique qui pousse chaque partie à contracter. Mais comme ce mobile varie essentiellement avec les individus, en principe on n'en tient pas compte; c'est seulement si l'une des parties le fait connaître à l'autre que ce mobile peut devenir — en raison de l'accord de volonté réalisé — un élément intrinsèque de la cause du contrat. On saisit immédiatement l'avantage qui peut en résulter pour les parties. En introduisant un mobile dans la

¹ « Toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation », CAPITANT, *De la cause des obligations*, p. 17.

² Cf. DE ROGUIN, *La science juridique pure*, vol. II, p. 97.

cause, celles-ci auront la faculté de modifier conventionnellement le but du contrat, tel qu'il est prévu par la loi, et parviendront à étendre ou à diminuer à volonté le champ de leurs obligations.

Si l'on applique les données qui précèdent à la notion de garantie personnelle, il apparaît aussitôt que la garantie a une cause, comme n'importe quelle obligation. Cette cause est déterminée par le but même de la garantie inscrit dans le risque et permet de distinguer les contrats de garantie des autres conventions. Mais comme cette cause est appelée à varier, elle ne saurait être définie pour elle-même. Nous nous appliquerons néanmoins à la saisir et à l'analyser sous quelques-uns de ses aspects les plus caractéristiques.

Plutôt que de parler de la cause de la garantie, il est préférable de considérer la cause de l'acte juridique par lequel cette garantie est constituée. Cet acte est un acte de disposition dans le cas des sûretés réelles et un acte générateur d'obligation dans le cas des sûretés personnelles. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte a précisément pour cause — ou disons pour but juridique — de servir de garantie pour le droit du créancier. Quand on dit qu'au sens et d'après la volonté des parties, l'obligation contractée constitue la garantie d'un acte juridique déterminé, on exprime du même coup la cause de cet acte juridique. Au contraire, il s'entend que les autres circonstances qui ont présidé à la conclusion de l'acte, comme les craintes éprouvées par le créancier, les antécédents du débiteur, les conditions auxquelles est soumis l'emploi des fonds mis à la disposition du débiteur etc., ne sont par rapport à l'obligation du garant, que de simples motifs. Ces motifs en principe n'influent pas sur la validité de la garantie, à moins que les parties n'en aient fait, d'un commun accord, une condition du crédit ou une condition de la garantie.

Dans le système de classification tripartite des causes, que nous a donné le Droit Romain, la cause de la garantie est généralement traitée par les auteurs comme un cas de *causa solvendi*. En effet, si la garantie n'a pas pour effet immédiat d'éteindre la dette, elle vise cependant à en assurer l'exécution, ou à la rigueur

à donner au créancier la satisfaction économique que la dette était destinée à lui procurer. Quant à nous, nous serions plutôt enclins à dire que la cause de la garantie est une *causa sui generis*, en admettant bien toutefois qu'elle se rapproche beaucoup de la *causa solvendi*.

D'un autre côté, l'obligation du garant peut être parfois motivée, en second plan, par une contre-prestation que le créancier lui fournit ou s'oblige à lui fournir. En pareil cas, on est fondé à dire que l'obligation a une double cause : la première, celle qu'on trouve dans toute garantie (*causa solvendi*) ; la seconde, celle qui commande la contre-prestation et ne peut être qu'une *causa credendi*.

Mais la cause de la garantie se nuance et se complique dès l'instant qu'on fait intervenir le genre particulier de contrat qui a été utilisé pour la constituer ; ce pourra être, suivant les cas, un cautionnement, un aval, un gage, etc. A chacun de ces types de conventions correspondra une cause juridique spéciale. Il faut donc en conclure que les différentes formes de garantie se distingueront entre elles par leurs différentes causes.

Nous appuierons ici sur une distinction que nous avons déjà vue pour les institutions de garantie. Nous distinguerons entre les garanties qui, par nature, ne peuvent servir qu'à la sûreté d'une dette, et n'ont par conséquent pas d'autre fonction dans l'ordre juridique, et celles qui, à côté de leur rôle de garantie, peuvent avoir encore d'autres buts. Dans la première catégorie figurent notamment le gage et le cautionnement ; dans la seconde, la lettre de change et la reprise de dette. On peut dire des premières qu'elles sont des garanties par nature, alors que les secondes ne sont que des garanties par exception.

Les garanties de la seconde catégorie ne portent pas en elles l'idée du but auxquelles elles tendent, comme le font les garanties du premier type. Dans le cas des « garanties par nature », l'attribution faite au créancier est purement causale et les droits qui en dérivent sont accessoires, autrement dit dépendants de la créance principale ; dans le second cas, au contraire, l'attribution est abstraite, la garantie étant alors

complètement indépendante de l'obligation principale. Cette distinction présente une importance capitale pour l'application pratique des garanties dans les banques, et nous y reviendrons plus loin¹. Sans doute la situation du créancier sera-t-elle plus forte dans le cas d'un acte abstrait, autrement dit dans le cas d'un acte détaché de sa cause et plus encore détaché des personnes qui ont créé l'obligation. La supériorité de l'acte abstrait provient de ce qu'il représente pour le créancier une garantie particulièrement stable, à l'abri des vicissitudes de l'obligation principale; si l'obligation est causale (comme dans le cas du cautionnement), le sort de la garantie est étroitement lié à celui de l'obligation principale, avec tous les risques que cette situation comporte pour le créancier. Dans l'acte abstrait, l'élimination de la cause fait disparaître tout élément d'ordre personnel dans le rapport juridique. Il en sera ainsi en particulier pour le crédit d'acceptation, dans lequel le banquier prend l'engagement d'effectuer le paiement à l'échéance « quels que soient ses rapports avec le donneur d'ordre, son client ». On rencontrera encore une situation analogue dans les obligations abstraites du droit cambiaire², où une simple signature apposée sur l'effet suffira pour rendre une personne responsable du paiement. Il n'y a naturellement plus trace ici de l'idée de cause. Mais pour remplacer le rapport de confiance qui fait défaut, le législateur a introduit pour les actes abstraits un formalisme plus rigoureux, formalisme dont on retrouve d'ailleurs la preuve à travers tout le développement du crédit moderne³. De plus pour suppléer le facteur personnel qui n'existe plus, le législateur a créé pour les actes abstraits ce principe fondamental que les exceptions personnelles au débiteur ne passent pas au garant. Ce principe assure aux parties

¹ Cf. ci-dessous, III^e partie, pp. 109 ss.

² C'est seulement dans le droit allemand que le principe de l'acte abstrait a été admis sans réserve et appliqué dans toute sa rigueur. Le droit français reste attaché à *la théorie de la cause*, tandis que le droit suisse adopte une position intermédiaire (art. 1053 CO).

³ On peut mentionner entre autres les lettres de crédit, les accreditifs, etc.

qui choisissent les garanties abstraites l'avantage appréciable et toujours recherché de faciliter dans une notable mesure l'exercice des droits du créancier.

Il y a lieu enfin de distinguer de la garantie abstraite la garantie par concours de débiteurs, ou garantie par solidarité passive. Nous savons déjà de la première qu'elle est détachée de sa cause, mais nous irons encore plus loin avec la seconde, en disant qu'elle manque essentiellement d'une cause propre. Il est constant, en effet, que la loi fait dépendre d'une seule et même cause les diverses obligations solidaires dans un rapport juridique donné¹. Cependant, nous pouvons avoir deux situations différentes dans les cas de garantie par solidarité passive. D'un côté, il peut arriver que la solidarité prenne naissance avec le rapport juridique lui-même — et ce cas se présentera lorsque plusieurs débiteurs s'engagent simultanément pour une même dette; d'un autre côté, il est possible aussi que la solidarité ne se produise qu'après coup, à la suite de l'intervention d'un tiers en qualité de garant. C'est ici qu'il faut distinguer entre deux systèmes : le système de l'émission de la traite en commun par plusieurs tireurs, et à l'opposé, le système de l'endos ou de l'aval souscrit postérieurement. Ces deux exemples illustrent pratiquement les cas très différents de garanties par solidarité passive qui peuvent se présenter dans le cadre des opérations de change.

¹ Art. 145 CO, et cf. VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 684.

CHAPITRE VII

L'OBJET DE LA GARANTIE

L'objet de la garantie est le fait garanti. C'est le fait recherché par le bénéficiaire de la garantie, à la survenance ou à la réalisation duquel il est personnellement intéressé.

Il est possible de déduire des dispositions générales du droit, ce premier principe que *n'importe quel fait juridique peut être l'objet d'une obligation de garantie*, sous réserve naturellement des cas visés par l'article 20 CO. Il découle de cette règle générale que la garantie, au sens le plus large, concourra toujours soit à l'obtention d'une chose, soit à la réalisation d'un résultat. Compte tenu des circonstances, on peut envisager d'ailleurs les cas de garantie les plus divers. Il arrivera ainsi que la garantie s'applique à un paiement ou à un transfert, qu'elle assure la distribution d'un dividende ou le succès d'une émission, qu'elle émane d'un dépositaire, d'un marchand ou d'un banquier. Elle peut se rapporter à une dette conditionnelle ¹, mais elle peut aussi avoir en vue les intérêts d'une somme. Enfin, elle peut servir à n'importe quelle opération d'escompte; toutefois, dans cette éventualité, la garantie vise en général les crédits à court terme contre effets de change, ou les acceptations de traites, ou même les effets qui ont été tirés et dont les débiteurs seraient douteux (cas de l'aval).

Si l'objet de la garantie par nature est variable, il est bien évident que la portée de l'engagement de garantie variera de son côté. En fait, cette portée ne sera pas la même suivant que

¹ Cf. art. 492 al. 2 CO. On peut toujours fournir *d'avance* un cautionnement valable pour une ouverture de crédit, même si cet acte n'est qu'éventuel; on en a un exemple dans l'utilisation de formules d'actes généraux de cautionnement par les banques, actes qui seront signés d'avance par les intéressés pour les crédits « accordés ou à accorder ».

l'objet de la garantie sera de couvrir l'insolvabilité du débiteur ou simplement visera le défaut de paiement à l'échéance. Dans un cas, c'est la capacité de payer du débiteur qui entre en jeu, dans l'autre c'est sa volonté de payer; il y aura cette différence précisément que dans un cas, la garantie assure une perte, tandis que dans l'autre elle assure seulement « le risque d'une perte »¹. Sans doute la garantie dite « *de bonne fin* », qui rentre dans le premier cas, est-elle celle dont les effets vont le plus loin : c'est celle qui confèrera au garanti le droit le plus large à recevoir une indemnité, quelles que soient les causes du non-paiement (insolvabilité du débiteur, moratoire, restrictions de change, règlementation des paiements, etc.). La garantie contre l'insolvabilité est aussi un moyen de sûreté très efficace et apprécié des banquiers : en leur procurant une certitude de paiement à l'échéance, elle permet de renforcer sensiblement le crédit.

Nous soulignerons ici une confusion fréquente, mais qu'il convient d'éviter, entre l'objet de la garantie, d'une part, et la « somme garantie » ou la « dette garantie » d'autre part. Alors que l'objet de la garantie n'est autre que le fait contre la survenance duquel le bénéficiaire se protège en demandant une garantie, la « somme garantie » désigne au contraire le montant jusqu'à concurrence duquel le garant s'oblige. Quant au terme de « dette garantie », il sert à désigner la dette principale, qui comprend non seulement le capital, mais aussi les intérêts échus, les suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur, les frais de poursuites et de procès, et jusqu'à deux annuités, le cas échéant (cf. art. CO 499)². Il est évident que l'objet de la garantie n'est pas forcément déterminant pour l'étendue de la sûreté : cette étendue sera en général définie par la loi³, la jurisprudence ou le contrat, à moins qu'on ne la fasse dépendre encore des usages ou de la pratique.

¹ La perte ne se réalisera jamais pour le banquier que si le débiteur est réellement insolvable.

² Cf. Rapport ad art 499 CO, p. 55; voir également la référence qui y est citée.

³ Pour le cautionnement, cf. CO 499 al. 2.

Si l'on se place au point de vue de la loi, tout d'abord on constate qu'il n'y a pas de commune mesure entre l'étendue de la garantie, telle qu'elle est uniformément fixée dans le code pour les sûretés réelles (CCS art. 818 et art. 891 al. 2), et l'étendue de la garantie, telle qu'on la connaît dans les sûretés personnelles, où elle varie chaque fois selon l'espèce du contrat. On a vainement cherché dans les banques de régler de manière parallèle et concordante les effets des deux formes classiques de sûreté, deux formes de sûretés que sont le droit de gage et le cautionnement. Il eût été, en effet, avantageux de pouvoir faire coïncider formellement leur portée, en vue de prévenir toute confusion dans l'esprit des parties; mais pratiquement, cela n'était pas réalisable.

Le Tribunal fédéral a déclaré dans sa jurisprudence que le contenu de la garantie d'un crédit se déterminait « d'après les créances nées au profit de la banque en contre-valeur des prestations fournies au débiteur principal dans le cadre du crédit accordé »¹. C'est dire que l'étendue de la dette donne la mesure de garantie. Mais la formule ne peut valoir que pour le cautionnement et quelques autres sûretés qui sont susceptibles comme lui d'avoir un caractère accessoire. Bien qu'ayant un statut propre et indépendant, ces contrats donneront toujours naissance à une obligation de garantie qui sera limitée en étendue par l'obligation principale. Un autre arrêt du Tribunal fédéral le confirme d'ailleurs, qui dit que « la caution ne répond ni du dommage résultant de l'invalidité du contrat (c'est-à-dire de l'intérêt négatif), ni de la peine conventionnelle (voir aujourd'hui, art. CO 499) ». Les engagements de la caution peuvent donc être moins étendus, mais non plus étendus que ceux du débiteur principal². Pourtant, il n'existe pas ici sur tous les plans une symétrie absolue entre l'exécution de l'obligation du garant et

¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 7.11.1923, Schweizerische Bankverein in Schaffhausen c. Frikart A.G. in Zofingen, non publié.

² L'Avant-projet de la Division fédérale de Justice de juin 1937 sur la revision de la législation en matière de cautionnement avait prévu une disposition dans ce sens (art. 492 al. 3); elle n'a pourtant pas été retenue dans le texte définitif de la loi, parce qu'elle a été jugée superflète.

l'exécution de l'obligation principale. En particulier, les effets de ces deux prestations ne sont pas toujours identiques. A supposer, par exemple, que l'obligation principale soit contraire aux mœurs, la prestation originaire ne saurait être répétée, alors que la prestation de garantie pourra l'être ¹. En revanche, dans les contrats de garantie qui représentent des actes indépendants, il est évident qu'en raison de la nature même du contrat, l'obligation du garant pourra être plus ou moins étendue que celle du garanti. Ici, la concordance n'est plus observée.

Les limites de la garantie peuvent être fixées de différentes manières, suivant que les parties décident de se régler sur son objet ou sur sa durée. Parmi les cas les plus intéressants et les plus fréquents, on mentionnera celui du cautionnement d'une dette dont le montant est indéterminé. Même dans cette hypothèse, la garantie reste limitée, puisqu'elle ne peut dépasser le montant maximum du cautionnement (art. 493 al. 1 CO) ². Il peut arriver aussi que les parties conviennent de limiter la responsabilité de la caution à la partie de la dette destinée à être amortie la première, et l'on tombe dans le cas visé par l'art. 493 al. 6, 2^e phrase CO. Enfin, selon certaines dispositions, la caution peut s'engager à rembourser au créancier le montant de sa perte seulement, et l'on se trouve alors dans l'hypothèse prévue à l'art. 495 al. 3 CO (« Schadlosbürgschaft » ou cautionnement limité à la perte). Mais nous avons vu que les limites de la garantie pouvaient dépendre aussi de sa durée. Cette durée sera déterminée ou indéterminée, suivant les contrats (CO 510, 511). En outre, les parties auront toujours la faculté de transformer après coup un cautionnement à terme en un cautionnement sans limite de durée; la loi ne stipule rien à ce sujet, et pour les raisons que nous avons vues, cette aggravation du contrat doit être admise (cf. CO 493 al. 5).

¹ Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des BGB*, II^e vol., II^e partie, § 76, p. 175.

² Le droit suisse exige que le montant du cautionnement soit limité à un maximum donné, mais d'autres législations, comme le droit anglais par ex., admettent aussi des garanties illimitées.

Comme tout contrat, le cautionnement est soumis aux règles normales de l'interprétation juridique, et la portée de l'engagement devra être appréciée en tenant compte chaque fois des circonstances et de la commune intention des parties ¹. Cependant, la jurisprudence a maintes fois précisé sur ce point que « les actes de cautionnement devaient être interprétés de manière restrictive, vu les charges unilatérales qu'ils imposent ». C'est dire que la portée de la garantie devra toujours être envisagée en termes prudents ². Par exemple, on ne saurait déduire de la simple promesse de cautionner donnée par un tiers que la banque est disposée à octroyer au débiteur le crédit demandé, ou que la banque renonce à requérir d'autres sûretés. En revanche, la responsabilité d'un garant ne variera pas, que celui-ci ait pu ou non évaluer d'emblée avec exactitude l'ampleur des risques auxquels il allait s'exposer : ce fait restera sans importance juridique, et quand il s'agira d'interpréter la garantie, la responsabilité des parties demeurera entière.

En l'absence d'une clause spéciale, le garant ne sera pas lié personnellement par les reconnaissances de dettes signées par le débiteur principal. D'autre part, les jugements rendus dans une instance entre le débiteur et son créancier n'auront pas force de chose jugée à l'égard du garant. Mais pour renforcer leur protection, les banques ont accoutumé d'introduire dans leurs formules une clause spéciale, grâce à laquelle elles parviennent à placer le garant sur le même plan que le débiteur. En général, les banques s'arrangent à prescrire que leur comptabilité et les extraits périodiques feront foi pour déterminer l'étendue de la dette, tant à l'encontre du débiteur qu'à l'encontre de son garant ³.

¹ Cf. *RGE*, vol. 62, n° 92.

² Cf. *SJZ*, vol. 4, 1907, p. 201 (Tribunal d'Appel de Bâle du 10.12.1907) ; arrêt du Tribunal fédéral du 19.11.1941 dans *Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100 et arrêt du Tribunal fédéral du 15.9.1938 dans ATF 64 II 284.

En droit anglais : « Les garanties doivent être interprétées en tenant compte des circonstances et de la situation respective des parties lors du contrat... » (cf. ROWLATT, *Principal and surety*, Londres 1936, p. 61).

³ Quoi qu'il en soit, la sûreté consentie à l'occasion d'une ouverture de crédit ne vaudra que jusqu'à concurrence du montant dont le crédité est débiteur au jour de la clôture du crédit.

Une des conditions mêmes de la validité du cautionnement est que la dette cautionnée soit mentionnée dans l'acte¹; l'objet de la garantie doit y être individualisé de manière précise. Ce principe a sa raison d'être Il s'agit d'éviter qu'une formule de garantie trop large ne soit utilisée par les parties; un acte de garantie ne doit pas servir à couvrir plusieurs dettes à la fois. Pour le cautionnement en tout cas, le Tribunal fédéral s'y oppose, parce que la « nature accessoire du contrat, dit-il, exige que la dette cautionnée soit suffisamment individualisée »². A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a déclaré nuls des cautionnements pour le simple motif qu'ils se rapportaient à une ligne de crédits déjà utilisés, et non pas à des crédits neufs, comme les cautions pouvaient à bon droit le supposer³.

Nous touchons ici au problème de la spécialité de la garantie. Certains auteurs sont d'avis qu'en principe, les sûretés réelles doivent avoir une affectation spéciale⁴. Ce principe ne découle pas, selon eux, des règles concernant le droit de gage (la loi est muette sur ce point), mais de la protection des droits de la personnalité, telle qu'elle découle de l'art. 27 CCS. Partant de cette base juridique très large, le principe devrait s'appliquer à toutes les sûretés personnelles sans distinction. Dans divers arrêts, le Tribunal fédéral semble adopter ce point de vue : c'est ainsi qu'il déclare, à propos d'un cas de cautionnement, que « la garantie fournie à une banque ne peut englober que les seules obligations susceptibles de rentrer dans le cadre des relations d'affaires existantes ou possibles entre personnes

¹ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 493, n° 24. De son côté, le Tribunal d'Empire allemand (*RGE*, vol. 57, n° 59) déclare en substance que « l'acte de cautionnement doit laisser clairement apparaître que la caution s'engage à répondre pour la dette d'un tiers, en indiquant encore quelle dette... »

² Arrêt du Tribunal fédéral du 5.2.1920, Tinnauer c. Eidg. Zollverwaltung (cf. ATF 46 II 95).

³ Voir les arrêts du Tribunal fédéral Strub c. Schweizerische Genossenschaftsbank du 23.4.1923 (ATF 49 II 167; *JdT*, 1924, p. 66) et Banque Populaire Suisse c. Perrat du 15.5.1923 (ATF 49 II 100; *JdT*, 1923, p. 569).

⁴ Voir la thèse de DUDAN, *Le principe de la spécialité de la créance garantie par gage*. Cf. la critique dans *ZSR*, 1949, p. 263.

intéressées »¹. Divers auteurs dans la doctrine ont même été plus loin. Henry, par exemple², estime que la sûreté personnelle, plus encore que la sûreté réelle, ne doit revêtir que la forme d'une garantie spéciale³. Selon lui, la caution qui met en jeu ses biens, parfois sa fortune, pour la dette d'un tiers, mérite plus d'égards qu'un simple donneur de gage, dont la responsabilité reste limitée à une chose; pour un garant personnel, *a fortiori*, dit-il, il est indispensable qu'il puisse se rendre compte de prime abord de l'étendue de son engagement. Cette manière de voir pourtant ne nous paraît pas convaincante, parce qu'un cautionnement est de toute façon limité au montant maximum de l'engagement; or, cette limite, à notre avis joue exactement le même rôle que la valeur de l'objet du gage dans les sûretés réelles.

Il est intéressant de noter, par exemple, que le droit anglais fait une distinction très nette entre les « specific guarantees » et les « continuing guarantees ». Les premières se rencontrent seulement dans les cas d'avances particulières faites pour un montant déterminé; des garanties de ce genre s'éteignent au moment même du remboursement. Les garanties dites « continuing guarantees » au contraire — qui sont aussi les plus fréquentes — s'appliquent principalement aux comptes courants, dont elles garantissent les découverts en tout temps et sans égard aux remboursements d'avances antérieures. Comme l'incertitude la plus complète règne dans ce cas sur le montant de la garantie, le droit anglais a naturellement prévu que la caution ne serait autorisée à recourir contre le débiteur principal qu'après avoir dûment fixé l'étendue de la garantie⁴. En droit suisse, la question présente également une grande importance. Comme

¹ Cf. ATF 51 II 273.

² MAX, Henry, *La revision de la législation en matière de cautionnement*, *Protokoll schweiz. Juristentages*, 1935, pp. 145 et 499, et *ZSR*, vol. 54, année 1935, pp. 145 a ss.

³ Sur l'individualisation de l'obligation principale en matière de cautionnement cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 492, n^{os} 28-29.

⁴ C'est l'arrêt *Morrison c. Barking Chemical & Co.*, 35 Times L.R. 196.

les banques ont coutume de demander à leurs clients des engagements de garantie conçus en termes vagues et généraux, la validité de ces actes juridiques devait naturellement donner lieu à de vives controverses dans la doctrine. Etant donné la structure de l'économie moderne, on comprendra aisément que les banques aient recherché surtout des sûretés pouvant s'appliquer à un ensemble de créances, plutôt qu'à des crédits individuels. La constitution d'une sûreté pour une créance déterminée est d'ailleurs inopérante dans la plupart des cas, parce qu'elle n'est pas adaptée au système des comptes courants, dont on sait le rôle primordial qu'ils jouent dans la distribution du crédit ¹. Mais si les garanties globales offrent des avantages pratiques indéniables, il est clair qu'elles présentent aussi certaines difficultés du point de vue juridique. C'est là que nous nous heurtons, en particulier, à l'opinion de Dudan ². Il faut admettre, à notre sens, que rien ne s'oppose en droit à l'emploi d'une formule de garantie générale. On ne trouve nulle part dans la jurisprudence qu'un engagement général de garantie ait été déclaré nul pour ce seul motif; le cas échéant, le magistrat se bornera à interpréter les termes de la convention restrictivement ³. Il ne semble donc pas que l'usage de cautionnements globaux, servant à la fois à la garantie de plusieurs comptes, puisse être banni en vertu des dispositions de l'art. 27 CCS. Il faut considérer, au contraire, qu'une garantie globale sera toujours valable, si elle répond aux conditions de fond posées par la loi et la jurisprudence.

¹ Le Tribunal fédéral estime cependant que la conduite de comptes séparés est parfaitement réalisable par les banques, et par conséquent, qu'il n'est pas nécessaire que toutes les garanties concourent à couvrir l'ensemble des dettes d'un compte courant. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 7.11.1923, Société de Banque Suisse Schaffhouse c. Frikart A.G., non publié. Cf. également note 1, page 70.

² Cf. *supra*, note 4, p. 75.

³ Cf. ATF 51 II 273. Une formule telle que : « la garantie constituée couvre tous les droits de quelque nature qu'ils soient que la banque pourrait avoir contre son débiteur... » ne serait sans doute pas admise par le juge. La portée de l'engagement apparaît beaucoup trop large et générale.

La doctrine suisse, de son côté, paraît entièrement favorable à l'idée des garanties personnelles fournies pour un groupe de créances futures, même si ces créances ne sont pas exactement individualisées et ne sont déterminées que par leur genre. Ainsi Schönenberger déclare dans son *Commentaire* que « dans le cas du cautionnement d'une dette résultant d'une ouverture de crédit, notamment d'un crédit en compte courant, il suffit que le complexe de créances soit déterminable, de telle manière que l'affiliation de chaque créance à ce compte puisse être établie » ¹.

Comme un autre exemple de dettes pouvant être valablement garanties par un cautionnement, Giovanoli cite le cas des obligations futures résultant d'une ouverture de crédit ². Toutefois Beck va plus loin encore. « Sans doute, écrit-il, la dette principale doit être déterminée ou déterminable... Mais cela ne met pas obstacle au cautionnement d'une pluralité d'obligations. Les formules usitées par les banques, aux termes desquelles « toutes créances présentes et futures » de la banque envers le débiteur principal sont comprises dans la garantie, doivent être considérées comme valables en règle générale » ³.

Au cours de l'exposé qu'il avait présenté devant la Société suisse des juristes en 1935, M. Stauffer avait proposé que la créance garantie soit toujours exactement individualisée. M. Stauffer traitait les formules en usage dans les banques « d'absurdités » (Unding) ⁴. Mais comme le relève très à propos Beck, la suggestion de M. Stauffer n'a pas été retenue par le législateur au moment de la révision.

Dès longtemps la jurisprudence allemande a admis de son côté qu'une garantie pouvait valablement être donnée, sous forme d'un acte général « pour toutes les créances existantes ou futures s'incorporant dans un compte ». Le Tribunal d'Empire a même tenu à préciser à l'occasion d'un arrêt qu'une convention

¹ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 492, n° 29.

² GIOVANOLI, *Commentaire CO* ad art. 492, n° 69.

³ BECK, *Commentaire* ad art. 492, n° 107.

⁴ ZSR, 1935, p. 512 a ; BECK, *loc. cit.*

de ce genre était « de toute façon licite et nullement contraire aux mœurs »¹. Ces dispositions corroborent notre point de vue. Notre opinion se vérifie d'ailleurs encore dans les remises, très fréquentes de nos jours, de cautionnements consentis d'avance aux banques pour des engagements futurs. Mais comme le montant exact de ces cautionnements doit être chaque fois déterminé, la jurisprudence est intervenue et a exigé que la formule de garantie utilisée par les banques soit suffisamment explicite pour que sa portée puisse être d'emblée reconnue et définie.

S'il existe déjà des *créances anciennes et indépendantes* au moment de l'ouverture d'un crédit, il faudra toujours spécifier si ces créances doivent être comprises ou non dans cet acte juridique. C'est là une question de fait, et l'on se reportera chaque fois aux circonstances, aussi bien qu'à l'intention des parties, pour décider si les sûretés requises pour l'octroi du crédit doivent également servir à garantir les avances de fonds antérieures. On sait que la banque est toujours tenue de communiquer à la caution qui s'engage l'état des crédits existants². Depuis la revision, la loi (art. 499 al. 3) se trouve d'ailleurs renforcée par une présomption « juris tantum », qui limite la portée du cautionnement aux seuls engagements qui sont souscrits par le débiteur postérieurement à la conclusion de la garantie. En introduisant cette mesure, le législateur a entendu protéger la caution, qui trop souvent, au moment de s'engager, n'avait aucun moyen de connaître l'état des différentes dettes à garantir. En vertu de cette présomption, et sauf stipulation contraire des parties, la portée du cautionnement se trouvera limitée aux seuls engagements contractés postérieurement à l'acte; les crédits déjà existants seront donc exclus.

La garantie, d'autre part, aura le caractère d'une garantie générale si elle englobe simultanément plusieurs catégories de crédits alloués à un même débiteur (avances et prêts, crédits

¹ Cf. *RGE*, vol. 106, n° 66 et *RGE*, vol. 113, n° 73.

² Cf. HENRY, Rapport présenté à la Société suisse des Juristes, ci-dessus, note 2, p. 76.

documentaires, crédits d'escompte), autrement dit si elle a en vue *plusieurs types d'engagements différents*. La pratique des banques en offre de nombreux exemples. En principe, quand on a affaire simultanément à plusieurs comptes courants, chaque compte garde son autonomie, son individualité propre. Seule une stipulation spéciale des parties saurait déroger à cette règle : dans ce cas, les garanties constituées pour l'un des comptes seulement, au moment de son ouverture, s'appliqueront à l'ensemble des engagements. Mais une déclaration formelle des parties sera toujours nécessaire pour que l'on ait un cautionnement d'ordre général; faute aux parties de s'exprimer clairement, l'acte ne pourra valoir que comme garantie spéciale. Les parties auront aussi la faculté de stipuler, par exemple, que la garantie constituée au moment de l'ouverture d'un compte doit s'étendre à tous les autres comptes en vigueur; ou encore qu'il ne sera formé qu'un seul bloc de tous les comptes au moment de l'arrêté du solde. D'autres fois, les parties pourront convenir qu'une jonction des comptes devra avoir lieu par agrégation du crédit nouveau aux crédits anciens et par maintien pur et simple des garanties existantes. En définitive, ce sera chaque fois une question de fait, en même temps qu'une question d'appréciation pour le juge, que de dire si une garantie est, ou n'est pas, un acte de portée générale.

Le cautionnement des comptes de crédits pose dans la pratique des problèmes qui appellent d'autres remarques encore. On sait qu'en principe les différents crédits mis à la disposition d'un débiteur par une banque sont gérés en un seul compte. Dans quelle mesure, dès lors, le cautionnement d'un tiers se répartira-t-il sur ces différents crédits, à supposer que l'ensemble de la dette ne soit pas entièrement couvert (par ex. pour une limite de crédit globale de fr. 400.000,— on n'a qu'un cautionnement réduit de fr. 200.000,—)? Si, le débiteur tombe en faillite, ou s'il devient insolvable avant l'échéance du crédit, un conflit d'intérêts ne manquera pas de surgir entre la banque et sa caution : d'une part, la banque cherchera à obtenir de la caution l'exécution en plein de son

engagement, pour se couvrir le mieux possible; d'autre part, la caution tentera d'opposer des exceptions à la banque et s'efforcera de limiter la portée de sa garantie à quelques crédits seulement. La question ne pourra être résolue qu'en se reportant aux conventions passées entre les parties. D'un autre côté, la jurisprudence est intervenue aussi pour accroître au maximum la protection de la caution¹. Il a été décidé, en particulier, que la caution serait autorisée en cas de pertes, à demander à la banque un extrait de compte spécial récapitulant les seules avances faites dans le cadre du crédit cautionné. Il a été prévu, d'autre part que la caution qui avait souscrit un acte de garantie visant un crédit déterminé, était en droit d'exiger que la banque lui rapporte la preuve de l'utilisation effective de ce crédit. Ces mesures ont contribué dans une large mesure à protéger la caution contre les inconvénients que le système de la gestion globale des comptes de crédit peut présenter pour elle. La gestion dans les livres de la banque des crédits par comptes séparés trouvera, d'autre part, sa pleine utilité lorsque le débiteur sera acculé à la faillite et que le montant des crédits n'aura pas été entièrement épuisé. La caution se trouvera alors dans cette position avantageuse de ne pouvoir être recherchée par le créancier qu'à concurrence du solde débiteur du compte séparé, et jamais au delà².

¹ Voir un arrêt du Tribunal fédéral du 7.11.1923, Société de Banque Suisse à Schaffhouse c. Frikart A.G., non publié.

² Imaginons qu'une caution ait souscrit une garantie de fr. 50.000,— en faveur d'un débiteur, qui dispose d'un crédit de fr. 100.000,— (dont fr. 50.000,— en blanc et fr. 50.000,— cautionnés); la perte enregistrée au moment de la faillite est de fr. 75.000,—. Si la gestion des comptes s'est faite séparément, le cas n'offrira pas de difficulté: la caution ne payera que sur le second des comptes et elle sera libérée pour le reste (par ex. le crédit en blanc aura été entièrement utilisé, tandis que le compte cautionné présentera encore un solde disponible de fr. 25.000,—: la caution ne sera tenue que de la différence). Si, en revanche, le compte est global, il existerait théoriquement deux possibilités: ou bien la banque devrait exiger de la caution le paiement intégral du montant de fr. 50.000,— et supporter elle-même une perte de fr. 25.000,— (la différence), ou bien la banque devrait considérer que la caution ne s'est engagée que pour la moitié de la dette et qu'elle n'aura donc à couvrir les pertes qu'à raison de 50% (c'est-à-dire pour fr. 37.500,—); mais seule, évidemment, la première solution est la juste.

CHAPITRE VIII

LA NATURE JURIDIQUE DE L'OBLIGATION DE GARANTIE

Dans le système des garanties, la question essentielle est de savoir si le rapport juridique contracté par les parties peut donner naissance à une obligation accessoire ou indépendante d'une part, ou à une obligation subsidiaire ou solidaire d'autre part. Dans la première alternative, l'intérêt se portera tout naturellement sur le sort de la garantie par rapport à l'obligation principale et sur le droit du garant d'opposer au créancier les exceptions du débiteur. Dans la seconde alternative, au contraire, l'intérêt se portera spécialement sur l'ordre dans lequel les divers obligés pourront être recherchés par le créancier une fois la dette échue. Tous ces éléments peuvent d'ailleurs se combiner entre eux ou s'exclure, suivant le mode de garantie envisagé par les parties. Aussi nous attacherons-nous à définir succinctement ici l'obligation de garantie sous ces différents aspects, comme obligation solidaire d'abord, comme obligation subsidiaire ensuite, enfin comme obligation accessoire.

L'OBLIGATION SOLIDAIRE, qui n'est que l'engagement commun de plusieurs débiteurs pour une même dette, présente cette caractéristique fondamentale que le créancier peut réclamer la prestation à tous les débiteurs solidaires, et que tous les débiteurs demeurent obligés jusqu'à extinction totale de la prestation¹. Il ressort de cette définition implicitement que la solidarité comporte dans son principe même une idée de garantie, le créancier gardant toujours la possibilité d'obtenir le paiement

¹ Cf. art. 144 CO.

en réclamant la prestation de l'un ou l'autre débiteur. Dans la conception du droit suisse, la solidarité est faite, non pas de l'existence d'une obligation unique, avec des sujets multiples, mais bien de plusieurs obligations qui concourent les unes avec les autres¹. Autrement dit, le droit du créancier ne consiste pas en une créance unique vis-à-vis de plusieurs débiteurs, mais bien en plusieurs créances distinctes, dirigées chacune contre des débiteurs pris individuellement. Or, si des obligations ont une certaine dépendance réciproque de par leur fondement matériel commun (la dette), elles n'en représentent pas moins des obligations distinctes et partiellement indépendantes. C'est ainsi qu'il n'est pas rare de voir dans la pratique des obligations de codébiteurs solidaires différer entre elles quant à leur montant, à leur échéance et à leurs conditions. Ces notions ont une grande importance en matière de garantie; deux obligations qui concourent au même but peuvent donc être soumises à des modalités différentes.

L'indépendance partielle des obligations solidaires emporte certains effets, qu'il est utile de connaître. Si l'une des obligations solidaires venait à être modifiée, il n'est pas dit que les changements apportés s'appliquent aussi aux autres (cf. CO 146, 147). Le créancier a également toute latitude de rechercher l'un des codébiteurs solidaires avant les autres, s'il le désire, lors même que la convention a été passée dans un but de garantie. En pareil cas, le créancier intéressé n'aura à prouver ni que les autres débiteurs sont insolvables, ni qu'ils sont dans l'impossibilité d'exécuter la prestation due, ni même qu'ils ont été sommés en vain de s'exécuter. Enfin, on notera que la validité de l'une des obligations solidaires ne dépend en aucune manière de la validité des autres. Un exemple typique est celui des deux époux qui se sont engagés solidairement pour une même dette : si l'obligation de l'épouse se révèle nulle après coup (faute d'avoir reçu l'approbation de l'autorité tutélaire exigée par l'art. 177 al. 3 CCS), celle du mari n'en demeurera pas moins valable.

¹ Cf. VON TUHR, Partie générale du CO, p. 683.

Comme dernier point, mentionnons encore que tout débiteur solidaire qui paie au-delà de sa part a un droit de recours contre ses coobligés en vertu de l'art. 148 CO; dans la mesure où il jouit de ce droit de recours, il sera subrogé dans les droits du créancier (CO 149). Mais ajoutons aussi que l'existence et l'étendue du droit de recours peuvent dépendre de la nature juridique des obligations des codébiteurs et des accords internes qu'ils ont pu passer entre eux. La loi présume que chacun des débiteurs est tenu de prendre à sa charge une part égale dans le paiement de la dette (CO 148 al. 1), mais toutes conventions contraires sont réservées. La loi pose donc en principe que le droit de recours existe réciproquement pour chaque débiteur, et dans une même mesure pour tous. Mais cette présomption peut toujours être renversée; elle le sera en particulier si l'un des codébiteurs fournit la preuve qu'il n'est intervenu que pour donner sa garantie aux autres. Dans ce cas le droit de recours ne sera plus réciproque; il n'existera qu'au profit du garant, et jamais contre lui.

Pour expliquer cette persistance de l'individu dans la solidarité d'un rapport juridique donné, la doctrine s'est servie parfois de l'idée de société ou de celle de mandat ¹. Nul doute que lorsque la loi prévoit la solidarité, elle ne le fasse précisément dans un but de garantie : pour prendre le cas de la société par exemple, la solidarité n'aurait aucun sens en dehors de l'idée de garantie ². A notre avis, le point de vue défendu par la doctrine se justifie d'autant mieux que la société représente souvent une des formes particulières de garantie; il arrive, en effet, que ce contrat se conçoive parfois simplement comme un « engagement solidaire ». Mais les exemples les plus courants d'obli-

¹ A l'égard du créancier, la doctrine considère que les débiteurs solidaires se trouvent aussi liés par un rapport de *représentation*. Cf. PLANIOL et RIPERT, *Les obligations*, II^e partie, nos 1083 et 1092; BECKER, *Commentaire CO*, rem. prél. ad art. 143-150, chif. 3, notes 8 à 10. Voir aussi V. STÉFAN, *Des différentes sûretés personnelles et de la solidarité*, pp. 59 et 71 ss.

² Cf. CO art. 540 al. 1, 544 al. 3 et 568-569. Il semble toutefois que le législateur n'ait pas songé à l'emploi du contrat de société comme sûreté personnelle lorsqu'il l'a réglementé dans le code.

gations solidaires nous sont certainement donnés par le droit de change et la reprise cumulative de dette, qui représentent des cas types de sûretés personnelles. Dans la *reprise cumulative de dette*, la solidarité naît de l'adhésion à une dette existante; bien que la dette n'ait pas été contractée en commun, les deux obligations se fondent sur une même cause juridique, et toutes deux sont des obligations principales. Le reprenant constitue donc un authentique débiteur solidaire, dont l'obligation est liée dès sa naissance à celle du débiteur originaire, sans devenir pour autant son accessoire...¹. Dans le *droit de change*, la solidarité prend une forme sensiblement équivalente, grâce à l'art. 1044 CO, qui dispose que tout obligé de change (tireur, accepteur, endosseur ou avaliseur) est « solidairement tenu envers le porteur de l'effet ». Cette solidarité légale ne pourra naturellement cesser qu'en vertu d'une clause formelle², et seulement au profit de celui qui l'aura exigée. Il reste vrai toutefois qu'elle se différencie de la solidarité ordinaire sur certains points. En effet, tandis que le créancier du droit civil peut s'en prendre à n'importe quel débiteur solidaire, dans le droit de change, le créancier est obligé de s'adresser d'abord au tiré désigné comme débiteur principal; ce n'est qu'après avoir échoué et fait dresser protêt qu'il pourra rechercher les autres signataires de l'effet. De même encore, tandis que l'interruption de la prescription dans un effet de change n'est opposable qu'à l'un des signataires de l'acte (CO 1071), dans la solidarité du droit civil, au contraire, l'interruption étend ses effets à tous les débiteurs sans distinction (CO 136). De plus, alors que dans la solidarité ordinaire, le recours de celui qui a payé est entiè-

¹ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 492, n° II-I, BECKER, *Commentaire CO* ad art. 143, n° 4 et ss., GUHL, *Bürgschaftsrecht*, p. 34, et VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 688 : « L'obligation du reprenant est subordonnée à la validité de la dette du débiteur originaire et elle s'apprécie d'après le contenu et l'étendue de cette dette au moment de la reprise; mais une fois née, l'obligation du reprenant est, comme toute dette solidaire, indépendante des vicissitudes ultérieures de l'obligation du premier débiteur et se distingue ainsi de l'obligation accessoire de la caution. »

² Cas de l'endos « sans garantie », art. 1005 al. 1 CO.

rement libre, il est limité dans une lettre de change aux signataires qui précèdent le payeur dans l'ordre des endos.

On observera que la solidarité prend un caractère plus particulier encore dans le cas du *cautionnement*. S'il est vrai que les dispositions générales du droit des obligations (CO 143 ss.) sont applicables au rapport de solidarité qui lie les cautions entre elles, comme en ont décidé maintes fois la jurisprudence et la doctrine ¹, il n'en va pas de même pour le rapport de solidarité de la caution avec le débiteur principal. Cette situation s'explique aisément, si l'on songe que le cautionnement ne peut s'accommoder d'un régime de solidarité ordinaire. Dans la véritable solidarité, la cause juridique des deux obligations est la même; dans le cautionnement, au contraire, la cause de l'obligation est différente, car la caution s'engage pour de tout autres raisons que le débiteur principal; la caution s'engage, en outre, toujours à titre accessoire, ce qui nous éloigne encore de l'idée de solidarité ². Même si elle prenait le nom de « caution solidaire », il faut admettre qu'elle ne saurait être regardée comme un véritable codébiteur solidaire.

Il est certainement plus juste de dire que la solidarité de la caution avec le débiteur principal correspond à un simple déplacement dans l'ordre des responsabilités. Le rapport juridique dans sa structure même ne subit pas de changement : il ne devient pas solidaire, à proprement parler. La caution, en s'engageant « solidairement », renonce simplement à son bénéfice de discussion ³.

Cette situation a prévalu d'une manière uniforme jusqu'à la revision du cautionnement. Mais depuis lors, la solidarité

¹ Cf. ATF 56 II 133 et 53 II 25, *SJZ*, p. 237. Selon le Tribunal fédéral, l'art 497 al. 2 CO, par exemple, ne représente au point de vue du rapport de solidarité existant entre les cautions et vis-à-vis du créancier, qu'un cas d'application particulier de l'art. 148 CO, qui régit le recours entre débiteurs solidaires; voir également OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, rem. prélim. ad art. 143 ss., n° 5, et VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 686.

² On a vu ci-dessus précisément que l'obligation solidaire est indépendante (cf. aussi VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 688).

³ Cf. *SJZ*, vol. 36, 1940, p. 254.

a encore perdu de sa substance, en sorte que l'institution du « cautionnement solidaire », telle que nous la connaissons aujourd'hui (CO 496), n'a plus que de lointains rapports avec la solidarité définie, sous sa forme traditionnelle, aux art. 143 ss. CO. Le principe, dans son essence même, est complètement déformé. Citons en premier lieu l'obligation stricte imposée au créancier de mettre le débiteur principal en demeure, et parfois même de réaliser les gages mobiliers, avant d'entreprendre n'importe quelle poursuite contre la caution (CO 496 al. 1 et 2). En second lieu, mentionnons aussi la faculté qu'a aujourd'hui la caution de s'opposer aux poursuites intentées par le créancier, en fournissant des sûretés adéquates (CO 501 al. 2), ou en soulevant des exceptions pour toute somme réclamée au-delà de sa quote-part (CO 497 al. 2). On est pratiquement dans cette situation aujourd'hui que la caution — qu'elle soit simple ou solidaire — pourra toujours paralyser une action dirigée contre elle et contraindre le créancier à poursuivre d'abord le débiteur ¹. Pareil régime, il va de soi, ne peut que desservir les intérêts des banques, dont le meilleur atout restera toujours la possibilité d'actionner librement la caution, sans avoir à rechercher au préalable le débiteur principal.

Ce que nous avons dit de la solidarité entre la caution et le débiteur principal ne s'applique évidemment pas à la solidarité des cautions entre elles. Les obligations des cautions qui se sont engagées conjointement représentent de simples obligations partielles. L'article 497 al. 1 CO ne laisse aucun doute à ce sujet. Le législateur a tenu à préciser, en effet, que lorsque plusieurs personnes garantissent conjointement une même dette, « chacune d'elles est obligée comme caution simple pour sa part, et comme certificateur de caution pour la part des autres ». Mais en marge de ces dispositions légales, les parties peuvent quand même convenir la solidarité entre elles en vertu d'une clause spéciale. L'acte juridique conclu sera alors un cautionnement conjoint solidaire, qui est la formule de garantie par excellence,

¹ Cf. DUPERREX, *Cautionnement et crédit*, dans *Sem. Jud.*, 1942, p. 89.

la seule qui permette au créancier d'exercer contre chacune des cautions des poursuites pour le montant total de la dette ¹ (principe de l'indivisibilité).

A côté de ces deux formes de cautionnement — cautionnement solidaire et cautionnement conjoint — par lesquelles deux ou plusieurs personnes s'obligent pour une même dette, il existe encore une autre forme de garantie plurale, que l'on appelle « cautionnements indépendants ». Ces derniers présentent certains traits communs avec les espèces précédentes. Ce sont des obligations accessoires, concurrentes qui visent à la réalisation d'un but commun : la garantie d'une même obligation principale. Mais à l'inverse des cas précédents, ces cautionnements sont formés d'obligations qui n'ont aucun lien juridique entre elles : ces obligations sont simplement juxtaposées, car elles découlent de contrats indépendants.

Il manque à ce type de garantie une action voulue et concertée des parties en vue de la passation d'un acte commun, voire une intention de la part des garants de s'obliger en considération les uns des autres, pour pouvoir constituer de véritables obligations conjointes.

En effet, le cautionnement conjoint — qu'il soit solidaire ou non — implique que chacune des cautions s'engage envers le créancier en considération des autres; dans ce sens, la garantie fournie par les diverses cautions constitue pour chacune d'elles, une condition de son propre engagement. Même si cette condition n'est pas expresse, formelle, du moins constitue-t-elle une condition reconnaissable pour le créancier, dont il pourra tenir compte selon les circonstances.

Au contraire, si les cautions s'ignorent les unes les autres, ou s'il ressort du cautionnement que l'une d'entre elles entend s'obliger sans égard aux autres, il ne saurait y avoir de solidarité.

¹ De plus, c'est aussi la seule solution acceptable pour les banques. Du point de vue pratique, en effet, l'existence d'obligations partielles en matière de cautionnement nécessiterait la conduite de comptes séparés pour chacune des créances individuellement garantie, et cela aboutirait à des complications sans fin. Il faut que là où il y a plusieurs garants, ils soient aussi tenus pour la totalité de l'obligation.

On aura alors affaire à des cautionnements distincts et indépendants, qui constitueront autant d'obligations concurrentes à l'égard du créancier ¹.

Enfin, à côté du cautionnement conjoint en la forme simple, et du cautionnement conjoint solidaire, on peut concevoir encore une troisième forme d'obligation conjointe, tenant une position intermédiaire. Cette forme de cautionnement sera utile aux banques, lorsque les cautions pressenties n'accepteront pas de s'engager pour le montant total de la dette. Bien que ce contrat ne se trouve nulle part défini dans la loi, il repose sur une construction juridique tout à fait simple : il suffira, en effet, que les cautions renoncent à l'exception de poursuite préalable (soit au bénéfice de discussion), tout en conservant pour elles-mêmes le bénéfice de division (c'est-à-dire le système de répartition par parts). Cette garantie trouve son fondement légal dans l'art. 495 CO, combiné avec l'art. 492 al. 4. Tandis que la première de ces dispositions permet à la caution de renoncer à son exception de poursuites préalable (en observant les formes requises), la seconde lui accorde *a contrario* le droit de se réserver certains avantages spéciaux (tel, par ex., ici le bénéfice de division). La validité de cet acte juridique, comme création *sui generis* du droit, est d'ailleurs pleinement reconnue par la doctrine ². On ne saurait lui opposer le principe que « les cautions engagées solidairement avec le débiteur principal sont également solidaires entre elles » ³. Cette règle ne pose, en effet, qu'une présomption *juris tantum*, et les parties restent libres de souscrire à une formule de leur choix. C'est dans ce sens qu'il convient d'interpréter, nous semble-t-il, un arrêt du Tribunal d'Appel de Berne, qui déclare en substance que les « cautions conjointes, qui s'obligent solidairement avec le débiteur principal, seront nécessairement aussi solidaires entre elles, même si elles

¹ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 497, n^{os} 15 et 74 ; BECKER, *Commentaire CO* ad art. 497, n^{os} 6 à 12 et 67 à 70.

² Cf. BECK, *Commentaire CO* ad art. 497, note 25.

³ Cf. *Rapport*, p. 34.

ne l'ont pas convenu expressément »¹. On ne saurait donner une signification absolue à cet arrêt sans dépasser, selon nous, sa portée réelle aux yeux de la loi.

Le « cautionnement conjoint solidaire » offre encore une particularité intéressante, quand il s'applique au domaine de l'activité des banques. L'expérience montre que deux époux, qui s'engagent ensemble à garantir une même dette, le font généralement par la voie d'un cautionnement solidaire; de plus, cet acte, dans la grande majorité des cas, représentera un cas d'intercession de la femme en faveur de son mari². Comme la solidarité joue un rôle décisif dans ce rapport juridique, on peut se demander alors si le cautionnement ne tombera pas sous le coup de la disposition de l'art. 177 al. 3 CCS, qui exige l'approbation de l'autorité tutélaire pour toutes les obligations assumées par la femme envers des tiers dans l'intérêt de son mari. Sans doute, en édictant cette disposition, le législateur a-t-il voulu protéger la femme mariée contre les engagements qu'elle prend en faveur de son mari. Mais le législateur à plus forte raison encore, tiendra à sauvegarder les intérêts de la femme mariée, lorsqu'elle s'oblige en faveur d'un tiers, à côté de son mari. Il serait choquant qu'à seule fin de donner satisfaction à un créancier qu'elle ne connaît souvent même pas, l'épouse puisse se joindre à son mari et fournir une garantie supplémentaire, en s'exposant à doubler les risques dans sa famille. C'est ce que le législateur a bien compris, puisqu'il a stipulé pour tous les cas de tutelle, une interdiction légale de cautionner (CCS art. 407 et 408). Il est donc juste d'admettre que les autorités tutélaires devraient en principe refuser de ratifier les cautionnements en faveur de tiers, donnés conjointement par la femme avec son mari³. Mais si l'on s'en tient au texte de la loi,

¹ Arrêt de la Cour d'Appel de Berne du 28.11.1935, cf. *SJZ*, 33, 1936, p. 124.

² Bien entendu, les époux pourraient aussi se porter garants en se servant d'actes séparés et indépendants; mais dans la règle, les banques préfèrent l'engagement conjoint, parce qu'il est plus sûr.

³ C'est là d'ailleurs la solution adoptée par la Chambre des tutelles de Bâle-Ville, comme cela ressort d'une circulaire adressée le 22 novembre 1935 aux notaires et aux banques de ce canton.

on verra que l'approbation de l'autorité tutélaire n'est requise que pour les actes qui sont réellement passés par la femme dans l'intérêt de son mari. En d'autres termes, il faut que l'époux ait un intérêt personnel et direct au cautionnement de sa femme (par exemple, lorsqu'il sera lui-même intéressé à la société pour laquelle elle doit se porter caution); dans tous les autres cas, une ratification ne saurait être exigée.

L'obligation SUBSIDIAIRE, comme l'obligation solidaire que nous venons de voir, repose sur un rapport juridique qui a la forme d'un concours de droits. Mais tandis que dans l'obligation solidaire, le créancier peut librement choisir entre deux créances celle qu'il entend faire valoir la première, dans l'obligation subsidiaire, au contraire, il est tenu de suivre un certain ordre et ne pourra s'adresser au débiteur subsidiaire qu'après avoir recherché en vain le premier débiteur ¹.

On remarquera que les deux termes de « solidaire » et de « subsidiaire », qui s'appliquent à l'obligation de garantie, sont rigoureusement exclusifs l'un de l'autre. Il s'ensuit, comme le souligne d'ailleurs un arrêt du Tribunal fédéral, qu'une obligation qui n'est pas solidaire est purement subsidiaire ². Cette idée se vérifie également à la lumière de certains contrats qui ont à leur base une obligation de garantie subsidiaire; tel sera le cas, en particulier, du cautionnement simple. Dans cette forme de garantie, le *beneficium excussionis* est un élément distinctif du rapport juridique. C'est lui qui confère à l'obligation de la caution son caractère subsidiaire; grâce à l'exception du *bénéfice de discussion*, la caution joue donc un rôle purement auxiliaire dans le rapport juridique. Elle ne pourra être recherchée — selon ce qui avait été prévu dans l'ancien code de 1911 — « que si les poursuites contre le débiteur principal sont demeurées infructueuses ». Quant aux auteurs de la revision aujourd'hui, ils ont décidé que, pour mieux marquer encore ce caractère subsidiaire, la caution ne pourrait être recherchée « que si les

¹ Cf. VON TUHR, Partie générale du CO, p. 35.

² Cf. ATF 37 II 182.

poursuites avaient abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif » (art. 495 al. 1 CO).

Le caractère subsidiaire de l'obligation exclut donc, par avance, toute idée de solidarité. En termes inverses, on peut aussi dire que l'exclusion de la solidarité dans un rapport juridique confère du même coup son caractère subsidiaire à l'obligation ¹.

Réciproquement, il peut arriver que les parties cherchent à introduire la solidarité dans une garantie à seule fin de faire tomber le caractère subsidiaire de l'obligation. Supposons l'engagement d'une caution, qui normalement devrait représenter un acte purement subsidiaire : il est significatif de voir cet engagement se muer en une dette solidaire chaque fois que les parties voudront mettre les deux débiteurs sur le même plan. L'un et l'autre étant alors tenus en vertu de principes de droit différents, mais la solidarité venant agir directement sur le rapport juridique de la caution, il n'y aura plus que deux débiteurs primaires en face d'un même créancier ; et c'est là précisément le résultat cherché par les parties. Ainsi, nous voyons que la question se ramène toujours à savoir si l'on doit reconnaître ou non le droit au créancier de poursuivre directement la caution, sans avoir à rechercher d'abord le débiteur. Le rapport subsidiaire jouera dès lors tout naturellement le rôle d'élément critère pour la distinction à faire entre les cautionnements simples et les cautionnements solidaires. Tout cela explique aussi pourquoi toute l'évolution historique du cautionnement, et plus près de nous les innovations qu'on a introduites au moment

¹ Ce principe exprimé sous cette forme appelle toutefois une remarque de notre part. Quand il arrive qu'on dise que l'associé d'une société en nom collectif est indéfiniment, solidairement et subsidiairement responsable (art. 568 CO), cette formule ne doit pas porter un préjudice quelconque à l'idée que nous venons d'exprimer. Simplement, on observera que d'après le sens original de cette disposition, les associés d'une SNC sont tenus « solidairement » *entre eux* (et non pas solidairement avec la société) ; au contraire, lorsqu'on dit, selon cette même formule, que les associés sont « subsidiairement » responsables, on vise alors leurs rapports avec la *société*. Il n'y a donc pas dans ce cas de commune mesure entre ces deux termes, ni par conséquent de réserve à faire à notre principe.

de la revision, ont fait l'enjeu de dosages subtils entre ces deux notions foncièrement antithétiques que sont l'obligation solidaire d'une part, et l'obligation subsidiaire d'autre part. Des courants fort divers, découlant de pures considérations de politique législative, se sont en effet manifestés, lorsqu'il s'est agi de trouver entre ces deux termes une formule satisfaisante, en accord avec les idées et les conceptions du moment. L'histoire des transformations subies par le cautionnement n'est qu'un mouvement d'oscillation perpétuel, allant de la solidarité complète du rapport juridique au caractère purement subsidiaire de l'obligation. Suivant que le législateur sacrifiait à l'un ou à l'autre des principes, l'obligation de la caution solidaire a revêtu un caractère plus ou moins obligatoire, une valeur plus ou moins absolue.

Ce problème fondamental du cautionnement se posera d'ailleurs de la même manière pour toutes les autres formes de sûreté. Chaque fois que l'on voudra connaître la portée d'une garantie, la première chose à faire sera toujours de déterminer la véritable nature juridique — solidaire ou subsidiaire — de l'obligation. Nous nous sommes occupés plus spécialement du cautionnement dans cette partie, parce qu'il représente le type le plus achevé d'obligation subsidiaire que nous connaissions, et parce qu'il peut servir de modèle pour toutes les autres formes de garanties. Dans la théorie générale des obligations, les dispositions du cautionnement serviront aussi de base aux diverses applications du principe. De plus, le cautionnement jouera un rôle supplétif dans tous les cas de lacune de la loi ou de la convention des parties. C'est ce que rappelle von Thur, quand il déclare qu'« à défaut de dispositions plus précises dans un rapport juridique donné, l'obligation subsidiaire devient alors exigible en conformité de l'art. 495 CO, applicable par analogie »¹. C'est aussi l'opinion du Tribunal fédéral, qui précise, dans sa jurisprudence que « l'obligation reprise à titre subsidiaire doit être tenue pour un cautionnement »². Il faut évidemment admettre

¹ Cf. VON THUR, Partie générale du CO, p. 685, note 18.

² Cf. ATF 39 II 768.

que les juges raisonnent ici dans la simple hypothèse de sûretés personnelles, et qu'ils n'ont en vue que les seules obligations réellement souscrites à titre subsidiaire. Mais cet arrêt n'en garde pas moins pour nous toute sa valeur, puisqu'il prouve justement que l'institution du cautionnement tient sa place au centre des obligations subsidiaires.

Quant à L'OBLIGATION ACCESSOIRE, si elle diffère sensiblement de l'obligation subsidiaire, elle ne s'oppose pourtant jamais à elle. Dans ce sens, on pourra dire que si une dette est subsidiaire, à plus forte raison elle sera aussi accessoire; et si l'on arrive à prouver la responsabilité subsidiaire d'un débiteur, du même coup on aura prouvé la nature accessoire de sa dette ¹. Le rapport subsidiaire présente donc ce caractère particulier qu'il se greffe sur une obligation de nature accessoire, dont il modifie en partie la portée. Le débiteur d'une obligation subsidiaire ne pourra donc être recherché par le créancier que si ce dernier prouve, à satisfaction de droit, qu'il n'a pu obtenir paiement des autres obligés ². Avec l'obligation subsidiaire, on retombe au fond dans le cas du cautionnement simple par opposition au cautionnement solidaire. On devra noter cependant que le cautionnement, sous n'importe quelle forme, restera toujours un engagement de caractère *accessoire*. Peu importe à cet égard que la caution ait renoncé au caractère subsidiaire de son obligation (CO 496) : l'exclusion de ce caractère subsidiaire n'entraînera jamais *ipso facto* la perte du caractère accessoire ³. Avec plus d'exactitude peut-être, on devra dire que l'obligation de la caution sera « accessoire » dans la mesure où elle n'est pas indépendante; ces deux termes s'opposent entre eux, comme l'obligation subsidiaire s'opposait à l'obligation solidaire. Mais tandis que le problème portait alors sur l'exigibilité de la dette, en ce qui concerne l'ordre des prestations (autrement dit sur la plus ou moins grande « immédieté »

¹ Voir à ce sujet un arrêt de la Cour d'Appel de Berne dans *SJZ*, vol. 30, 1934, p. 331.

² Cf. OSER, *Commentaire CO* ad art. 143, rem. 2.

³ Cf. ATF 60 II 294 ; OSER, *Commentaire CO* ad art. 496, note 3 a ; BECK, *Das neue Bürgerchaftsrecht*, ad art. 492 al. 2, n° 89.

de la dette), la question change ici de sens : plus vaste et comportant des effets beaucoup plus étendus, le problème touche à la dépendance, ou disons à l'état de subordination de l'une des obligations par rapport à l'autre. C'est ce que nous avons vu déjà dans l'introduction¹.

La notion d'obligation accessoire — comme le souligne von Tuhr — reste assez floue et mal définie dans l'ordre juridique². Elle n'est pas soumise à une réglementation stricte, et son contenu est appelé à varier suivant les cas. Ainsi nous voyons, par exemple, que l'art. 178 al. 1 CO dispose que les droits accessoires subsistent en cas de reprise de dette, mais seulement dans la mesure où ils ne sont pas inséparables de la personne du débiteur³. En se fondant sur cette disposition, von Tuhr établit une distinction entre les droits accessoires, qui représentent de purs accroissements de la créance d'une part (intérêts, peine conventionnelle, etc.), et ceux qui doivent servir de sûretés au créancier d'autre part (droits de gage, cautionnement, etc.)⁴. L'auteur arrive à la conclusion finalement que les premiers ne sont pas visés par l'art. 178 CO, tandis que les seconds le sont en plein. Ce simple exemple nous montre les difficultés qui peuvent surgir dans l'analyse et l'interprétation de la notion juridique « d'obligation accessoire ». Pour partir d'une base sûre, nous ferons nôtre la définition des droits accessoires qui nous est donnée par cet auteur⁵ : « *Les droits accessoires, dit-il, ne sont pas des éléments de la créance, mais des droits spéciaux distincts de la créance, qui servent à son but et qui ont ainsi avec elle une connexité juridique.* » cette définition s'applique évidemment à n'importe quel droit accessoire, et si la notion même de droit accessoire varie suivant les espèces, c'est sim-

¹ Cf. ci-dessus, dans ce même chapitre, p. 82.

² Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1^{er} vol, § 13, p. 230, note 1 a.

³ L'alinéa 2 de ce même article fait une réserve en faveur de la caution, « qui ne reste obligée envers le créancier que si elle a consenti à la reprise de dette ».

⁴ Cf. VON TUHR, *Partie générale du CO*, pp. 775-776.

⁵ Cf. VON TUHR, *Partie générale du CO*, pp. 18 ss.

plement par rapport à son but ou à son contenu. Nous venons de constater, pour citer un exemple, que certains de ces droits peuvent représenter une extension de la créance, alors que d'autres sont destinés uniquement à servir de sûretés.

De tous les droits accessoires que nous connaissons, le plus représentatif, le plus caractéristique aussi, est certainement le *cautionnement*. En fait, le statut du cautionnement varie dans les différents pays, selon que la loi affirme avec plus ou moins d'intensité son caractère accessoire. C'est sans doute la loi allemande qui va le plus loin dans ce sens... ¹. Mais il est significatif aussi que, dans l'esprit de la doctrine suisse, le cautionnement constitue l'engagement accessoire par excellence. S'inspirant de la jurisprudence, des avis autorisés comme Beck ² déclarent que la garantie souscrite par les parties doit être tenue pour un cautionnement « dès l'instant que l'obligation a été assumée à titre purement accessoire ». En formulant cette règle d'interprétation, cet auteur donne le pas au cautionnement sur tous les autres droits accessoires. Ce principe doit s'interpréter pourtant à la lumière d'un arrêt important du Tribunal fédéral. Les juges ont estimé, pour leur part, que le caractère accessoire de l'obligation devait être chaque fois indiqué expressément dans l'acte pour être opposable au créancier ³. De ces deux principes découleront les données mêmes de l'application des droits accessoires dans la pratique.

Une des caractéristiques des droits accessoires est qu'ils sont réellement *accessoires* par nature : ils doivent nécessairement s'appuyer sur un autre contrat pour exister. Bien que représentant un acte juridique distinct, le cautionnement ne saurait se suffire à lui-même, et son caractère accessoire le rend inséparable d'un autre contrat qu'il tend à renforcer. Le cau-

¹ Cf. DOMKE, *Les garanties de tiers dans les emprunts internationaux*, p. 26 ; *BGB*, § 765 ss.

² Cf. BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, pp. 14 ss., n° 26 et ATF 38 II 768.

³ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 19.11.1941 dans *Bl. Zür .R.*, 41, n° 100, non publié.

tionnement représente comme la clef de voûte de notre système, et sa définition ne laisse aucun doute sur son caractère accessoire : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable... » (CO art. 492 al. 2). Il convient de rattacher d'ailleurs cette disposition à l'art. 114 al. 1 CO, qui s'applique d'ailleurs aux contrats accessoires en général et soumet tous ces actes juridiques à une même sanction : l'obligation accessoire sera nulle quand l'obligation principale sera nulle. C'est en vertu de ce principe que dans les banques, par exemple, la caution ne sera réellement tenue des engagements du débiteur (crédité) qu'à condition que les sommes aient été effectivement avancées et que le débiteur soit soumis à l'obligation du remboursement. La caution ne sera jamais obligée, en d'autres termes, qu'à partir de la réalisation du crédit.

Puisque le créancier peut seul disposer de sa créance, il faut admettre aussi qu'il peut seul la modifier en acquérant des droits accessoires. Il en ira de même pour la perte de ces droits. Cela nous permet d'affirmer à nouveau le rapport très étroit qui lie les deux obligations concourant à un même but, quand l'une est principale et l'autre est accessoire. En revanche, la similitude s'arrête là et l'antinomie renaît sitôt qu'on touche à la structure même de l'obligation accessoire. Tandis que le codébiteur solidaire sera toujours tenu *de la même manière* que son partenaire et *pour les mêmes raisons* que lui dans un rapport juridique donné, la situation sera toute différente pour une caution. C'est alors l'inverse qui se produit : le garant se trouvera tenu *accessoirement* par rapport au débiteur principal et *pour d'autres motifs*. Pourtant, dans un cas comme dans l'autre, nous constatons que l'obligation accessoire, sous sa forme la plus pure, se cristallise toujours autour de la notion de l'« *Einstehen für eine fremde Schuld* », forgée par la doctrine allemande. Bien qu'intraduisible en français, cette expression paraît toute indiquée pour souligner ce caractère particulier de l'engagement accessoire, par lequel « on répond de la dette d'autrui », et qui permet de le distinguer de toutes les autres formes du concours de créances.

Les effets du principe de l'obligation accessoire découlent de la manière la plus logique des définitions qui précèdent, et il suffit de nous référer aux quelques exemples déjà cités. Sans prétendre énumérer ici les effets très divers du caractère accessoire, nous nous bornerons à en rappeler les manifestations essentielles (CO art. 499-505).

Etant donné qu'une première constatation s'impose, qu'un droit accessoire ne peut dépendre que d'une créance déterminée, et non pas d'un ensemble de créances, les cautionnements qui se rapportent à un rapport juridique donné, pourront garantir seulement les obligations des divers débiteurs solidaires prises séparément. Ces mêmes cautionnements ne sauraient évidemment couvrir l'ensemble des droits de créance contre tous les codébiteurs à la fois. « Si X a cautionné la créance de C contre ses deux débiteurs solidaires A et B, dit von Tuhr¹, le cautionnement garantira chacune de ces créances »; et réciproquement, si l'obligation d'un seul codébiteur solidaire se trouvait garantie par un cautionnement, la créance contre son partenaire solidaire ne serait pas appuyée par cette garantie.

Le rapport de dépendance de l'obligation accessoire peut être ramené, quant à ses effets, à trois ou quatre règles fondamentales. Comme nous l'avons vu, l'étendue de l'obligation accessoire se mesure en principe sur le montant de la dette principale, intérêts et frais compris (CO art. 499)². Si parfois elle peut être limitée à une somme inférieure à celle-ci, elle ne lui sera en tout cas jamais supérieure; c'est la règle qui prévaut en matière de cautionnement. Mais le principe reste le même pour l'échéance ou l'exigibilité de la dette accessoire, qui se détermineront sauf convention contraire, d'après l'obligation principale correspondante. La loi le dit de manière tout à fait explicite : « La caution ne peut être contrainte de payer avant le terme fixé pour le paiement de la dette... » (CO art. 501). Et en outre : « Dès que la dette est exigible, la caution peut demander en tout temps au créancier d'en accepter le paiement... » (CO art. 504).

¹ Cf. VON TUHR, Partie générale du CO, p. 685.

² Cf. *supra*, chap. VII, pp. 70 ss.

Dans ces deux dispositions, le code des obligations précise que l'effet prévu se produira, à l'égard de la caution même si l'exigibilité de la dette est avancée par la faillite du débiteur (selon l'art. 208 LP). Dans l'un et l'autre cas, le code vise essentiellement à assurer la protection du créancier.

Observons cependant que, pour la première de ces dispositions (CO 501), qui a en vue *l'obligation* de la caution, le code rompt avec le principe accessoire du cautionnement. Le code prescrit, en effet, que la dette du débiteur principal deviendra exigible immédiatement — mais non pas celle de la caution. Il s'agit donc d'une dérogation pure et simple, au caractère accessoire du cautionnement. Dans le cas de la seconde disposition (CO 504), au contraire, qui traite du *droit* de la caution, l'exigibilité de la dette principale est avancée, et cet avancement profite à la caution. Le code autorise la caution à exercer son droit plus tôt qu'il n'était prévu primitivement. Cette règle respecte en plein la nature accessoire du cautionnement. Mais le problème change, et le code s'écartera de nouveau du principe accessoire, lorsque la caution tombe elle-même en faillite. D'après l'art. 208 LP, applicable dans ce cas, l'exigibilité des cautionnements du failli se trouvera avancée, « encore que la dette elle-même ne soit pas échue » (LP art. 215). De toute évidence, cette disposition va à l'encontre du principe qui régit l'accessoire puisque le cautionnement normalement ne devrait pas être exigible avant la dette principale ¹. Ces deux exemples (CO 501 et LP 215) montrent bien que le principe accessoire est soumis à certaines restrictions et certaines limites, et nous y reviendrons plus loin ².

Le régime des « exceptions », qui résulte du caractère accessoire de l'obligation et souligne son étroite dépendance avec l'obligation principale, joue un rôle important. Cet effet juridique est réglementé par une disposition spéciale du cautionnement, qui prévoit que « la caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent

¹ Cf. VON TUHR, Partie générale du CO, p. 451.

² Cf. ci-dessous, dans ce même chapitre, note 1, p. 105.

au débiteur » (CO art. 502). Cette disposition se fonde sur les principes généraux du droit ¹ et doit être interprétée au sens large : la règle vaudra en effet pour tous les rapports juridiques qui donnent naissance à une obligation accessoire. Le terme d'«*exception*», d'autre part, doit s'entendre comme une expression du droit civil et de procédure, qui englobe tous les moyens de défense au service du débiteur, y compris les *objections* ². Le garant pourra donc utiliser ces exceptions, comme s'il était lui-même le débiteur. En particulier, il pourra opposer au créancier tout fait dont il découle que la dette principale n'est pas née (à la forme ou au fond, CO art. 492), ou bien tout fait dont il ressort que la dette principale est éteinte (remise, exécution, CO art. 509). Ces exceptions pourront être soulevées par le garant directement et contre n'importe quelle action ou prétention ³.

Que le banquier soit créancier ou garant, la question des exceptions revêt pour lui une importance essentielle dans la pratique.

Se rattachant au régime des « exceptions » et partant des mêmes données juridiques, nous pouvons citer encore la fin du cautionnement, comme une conséquence de l'extinction de la dette principale. C'est un troisième effet du caractère accessoire (CO art. 509 et 511). Le principe, nous l'avons vu ⁴, veut que les

¹ En particulier l'art. 114 CO.

² Les « objections » sont des faits (et non pas des droits) dont dispose le débiteur pour refuser l'exécution de la créance, cf. VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 23.

³ Cf. dans *SJZ*, pp. 225 ss., les remarques de von Tuhr (IV), et l'art. 121 CO. Voir aussi à titre indicatif un arrêt du Tribunal fédéral, où la question est traitée sous l'angle du droit d'emption (qui est aussi un droit accessoire) : ATF 54 II 429 et *JdT*, 1929, p. 261, de même que les références qui y sont citées : LEEMANN, *Commentaire des Droits réels*, ad art. 681 CCS, rem. 71, et WIELAND, *Les Droits réels*, ad art. 681 CCS, rem. 5.

⁴ Cf. *supra*, dans le même chapitre, p. 96. La jurisprudence assimile à l'extinction de la dette les réductions et autres allègements dont celle-ci peut bénéficier en cours d'existence, pour leur appliquer les mêmes principes : autrement dit, ces modifications profiteront à la caution. Cf. ATF 60 II 294 et *JdT*, 1935, p. 72.

droits accessoires disparaissent en même temps que la dette dont ils procèdent (CO art. 114 al. 1). « A raison du but même des droits accessoires destinés à garantir le créancier, dit von Tuhr, ces droits disparaissent aussitôt que la créance s'est éteinte ¹. » L'art. 509 CO le rappelle en tant que besoin pour le cautionnement. Nous ajouterons simplement que les droits accessoires qui constituent un accroissement de la créance (notamment la peine conventionnelle), ne sauraient en aucun cas prendre naissance *après l'extinction* de la dette principale ². Cela résulte de leur définition même. Mais que faut-il alors penser de la *renaissance* des droits accessoires ? Par l'interprétation analogique, von Tuhr arrive à la conclusion que cette renaissance est possible, et il nous paraît juste aussi de l'admettre ³. L'art. 94 al. 2 CO, qui traite de la consignation, prévoit en effet qu'une créance qui est éteinte reprendra vie « avec tous ses accessoires ». Il en va de même pour la reprise de dette (art. 180 al. 1 CO), puisque le législateur se sert d'une formule tout à fait identique pour les cas d'annulation du contrat. Enfin, l'art. 291 al. 2 LP, stipule aussi, à propos de l'action révocatoire, que le créancier qui a restitué ce qui lui a été payé en vertu d'un acte nul, « rentre dans ses droits ». Tous ces textes concordent, et nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous en avons dit plus haut ⁴. La règle souffre cependant d'une série d'exceptions. Il est clair que les droits accessoires ne renaîtront pas, s'ils ont pris fin pour d'autres causes que l'extinction de la dette principale. Le cas pourra se présenter, par exemple, si le créancier perd la possession de son gage en cas de nantissement, ou si l'acte est entaché d'un vice de forme dans un cas de cautionnement.

¹ Cf. VON TUHR, Partie générale du CO, pp. 558 et 559. « Il en est autrement pour le *transfert de propriété à fin de garantie* : si la créance s'éteint, le créancier ne perd pas son droit de propriété sur la chose qui lui a été attribuée à titre fiduciaire, mais dès ce moment, il a l'obligation de restituer la chose à celui qui la lui a transférée... » Il se vérifie ainsi que les droits cédés à titre fiduciaire ne sont pas des droits accessoires, comme nous l'avions relevé ci-dessus, p. 95. Ils échappent à l'un des effets principaux de l'obligation accessoire.

² VON TUHR, *op. cit.*, p. 558.

³ VON TUHR, *op. cit.*, p. 559, note 23, et p. 582.

⁴ Cf. *Code des obligations*, art. 114 ss.

La fin de la créance principale peut naturellement survenir par un mode quelconque d'extinction¹; il convient de faire une mention spéciale pour la prescription et la novation. L'art. 133 CO prévoit, en effet, dans le premier des cas, que « la prescription de la créance principale mettra fin également aux intérêts et aux autres droits accessoires ». Mais cette disposition de la loi est en fait superfétatoire. D'une part, elle n'est jamais qu'un cas d'application du principe général de l'art. 114 CO que nous connaissons; d'autre part, et comme le remarque von Tuhr, la caution dispose déjà de l'art. 502 CO, qui lui donne le droit d'opposer librement au créancier toutes les exceptions du débiteur principal (y compris la prescription)². La règle de l'art. 502, combinée avec celle de l'art. 509 CO, est à la base d'un principe bien souvent cité par la jurisprudence et la doctrine, aux termes duquel « la libération du débiteur profite également à la caution ». Peu importe les conditions dans lesquelles cette libération se sera produite; le nouveau droit du cautionnement (CO art. 501 al. 4) ne distingue plus, comme le faisait autrefois la jurisprudence, entre les causes de libération « régulières » et les causes « anormales » (celles qui dériveront, par ex., de mesures financières d'exception dans un Etat étranger)³. Ce point est important, parce que si la cause de l'obligation est « anormale », la loi autorise la caution à renoncer d'avance à son exception. Or, il sera souvent dans l'intérêt des banques (ou de tout autre créancier) d'obtenir qu'elle y consente. Dans le cas de la novation (CO art. 116), le contrat conclu entre le créancier et le débiteur fait naître une obligation nouvelle, généralement abstraite, et ce contrat éteint en même temps l'ancienne obligation. Les droits accessoires attachés à l'ancienne créance disparaîtront donc avec elle, conformément à l'art. 114 CO. En revanche, dans le cas de la renaissance du solde d'un compte courant, l'art. 117 al. 3 CO prévoit que les garanties fournies subsistent malgré la novation. Mais qu'en sera-t-il

¹ Cf. Titre troisième du *Code des obligations* (CO art. 114-142).

² Cf. VON TUHR, *op. cit.*, pp. 622-623.

³ Cf. ATF 60 II 294.

dans le cas d'un acte juridique, dont le caractère est purement accessoire, et constitué pour la garantie d'une créance cédée (CO art. 164) ou d'une dette reprise (CO art. 175) ? Dans les deux cas de la cession de créance et de la reprise de dette, on pourrait songer en premier lieu à une novation. Mais, comme le démontre von Tuhr, cette conception n'est pas soutenable en droit¹; ces deux termes juridiques s'en éloignent fondamentalement. Il y a bien, si l'on veut, un changement de créancier ou de débiteur, mais, il n'y a plus, en revanche, de « changement dans l'obligation ». Dans un cas de ce genre dès lors — cession de créance ou reprise de dette — les solutions données au problème des droits accessoires seront exactement renversées. En principe, dans les deux éventualités, la convention passée restera sans effets sur les droits accessoires. La seule réserve que l'on peut faire est pour « les prérogatives inséparables de la personne du cédant (ou du débiteur) »². Les droits accessoires subsisteront donc normalement en vertu de la loi, même sans la volonté des parties, et sans que l'acte de cession ou de reprise) le mentionne expressément. Mais évidemment, dans une cession de créance, le cédant et le cessionnaire pourront toujours stipuler que la créance contre la caution ne sera pas comprise dans le transfert : le cédant a le droit de se réserver en propre la créance contre la caution, aussi bien qu'il pourrait se réserver

¹ Cf. VON TUHR, Partie générale du CO, pp. 715 et 764. La cession de créance diffère de la novation en ce qu'elle peut avoir lieu sans le concours du débiteur ; elle échappera donc au contrôle de ce dernier. La reprise de dette se distingue de la novation parce que la personne du débiteur est seule à changer dans le rapport juridique. On se trouvera en présence d'une novation, par exemple, lorsque le créancier aura libéré le débiteur contre remise d'un effet de change, d'un même montant que celui de la dette ancienne.

² L'art. 170 al. 1 CO dispose que « La cession d'une créance comprend les droits de préférence et autres droits accessoires, sauf ceux qui sont inséparables de la personne du cédant ».

L'art. 178 al. 1 CO statue que « Les droits accessoires subsistent malgré le changement de débiteur dans la mesure où ils ne sont pas inséparables de la personne de ce dernier ». Cette disposition se justifie d'autant mieux qu'il est bien certain qu'en acceptant la reprise de dette, le créancier n'entend nullement rendre sa position moins favorable.

d'ailleurs la créance contre un débiteur solidaire¹. Dans la reprise de dette, la situation de la caution sera un peu différente. En cas de reprise de dette par un débiteur moins solvable, la position de la caution s'aggrave et l'on ne saurait admettre d'emblée que son obligation persiste. L'art. 178 al. 2 CO subordonne donc le maintien des droits contre la caution au consentement de celle-ci; ce consentement ne suppose d'ailleurs pas un nouvel acte de cautionnement, mais en vertu de l'art. 498 al. 5, il doit être donné par écrit.

Outre les causes d'extinction déjà envisagées et dépendant étroitement de la créance principale, la loi a donné à la caution un moyen propre de se dégager de son obligation, en l'autorisant à demander au créancier de provoquer lui-même l'échéance de la dette principale pour amener *ipso jure* la fin de l'obligation accessoire (CO art. 511 al. 2). Mais cette méthode, uniquement prévue dans la loi pour le cautionnement, ne s'applique pas aux autres contrats accessoires. Elle n'en est pas moins intéressante en ce qu'elle a été introduite précisément pour maintenir intact le principe de l'unité de temps entre les deux rapports juridiques, principal et accessoire. Comme l'a déclaré le Tribunal fédéral dans de nombreux arrêts, la simple dénonciation du cautionnement ne suffit pas à libérer la caution de son obligation². Mais en amenant le créancier à dénoncer la dette principale, le législateur lui donne le moyen d'établir si le débiteur principal est en mesure de tenir ses engagements; dans l'éventualité contraire, c'est alors la caution qui doit intervenir³; et si le créancier néglige — le cas échéant — de répondre aux sommations qui lui ont été adressées, il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même de se trouver déchu de ses droits contre la caution.

¹ Cf. VON TUHR, *op. cit.*, p. 738, note 11; p. 730, note 29 et p. 684, note 5. Voir aussi, OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, rem. prélim. 4d ad art. 164.

² Cf. ATF 43 II 511; voir également *SJZ*, vol. 29, 1932, p. 106, et *SJZ*, vol. 35, 1939, p. 330.

³ Il arrivera donc que ce soit la caution elle-même qui déclenche parfois l'échéance de sa propre obligation.

Le principe de l'obligation accessoire, tel que nous l'avons défini dans cette partie, n'est pas absolu ¹. Limités le plus souvent par le but du contrat dont ils dépendent, les effets du caractère accessoire n'ont qu'une portée restreinte. Nous allons examiner maintenant quelles sont les atténuations qui peuvent être apportées au principe dans la pratique, et quelle sera l'incidence de ces restrictions sur le plan juridique. Nous constatons d'emblée que *la loi* s'impose d'elle-même certaines réserves pour sauvegarder ses dispositions spéciales. Ainsi, l'art. 114 CO, pierre angulaire du système, énonce en son al. 3 — en faveur du gage immobilier (CCS art. 863), des papiers-valeurs (CO art. 965 ss.) et du concordat (LP art. 303) — diverses exceptions disposant que dans tous ces cas, l'obligation accessoire persiste en dépit de la disparition de la dette principale. Il en va de même pour les art. 170 et 178 CO, qui prescrivent, l'un pour la cession de créance, l'autre pour la reprise de dette, le maintien obligatoire des droits accessoires, mais qui font exception pour les « droits inséparables de la personne du cédant ou du débiteur ». Enfin, la même situation se retrouve encore à l'art. 502 CO, qui règle le droit de la caution de soulever les exceptions du débiteur ; cet article comporte une réserve également « pour le cas d'une dette qui n'oblige pas le débiteur par suite d'erreur, ou d'incapacité de contracter, ou d'une dette prescrite ». Cette restriction n'a de sens évidemment que si on la rapporte à la disposition de l'art. 492 al. 3 CO qui règle cette éventualité dans les termes suivants : « Quiconque déclare garantir la dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur, en répond aux conditions et d'après les principes applicables en matière de cautionnement, s'il connaissait, au moment où il s'est engagé, le vice dont le contrat est entaché ». La même règle s'applique à celui qui s'engage à garantir l'exécution d'une dette prescrite pour le débiteur. C'est dire que la responsabilité d'un garant, alors même qu'elle présente un caractère accessoire marqué, peut être

¹ Cf. ce que nous en avons déjà dit ci-dessus, ad note 2, p. 99.

conçue parfois par référence à une dette inexistante. Il y a là, sans doute, une anomalie juridique, une contradiction dans les termes de l'accessoire, qui procède d'une construction artificielle de la loi et porte atteinte au principe. Mais il faut se souvenir aussi que c'est justement en raison de cette inversion que le législateur s'est résolu à restreindre ici, dans une large mesure, le transfert des exceptions du débiteur à la caution. On doit retenir, d'autre part, que le législateur ne s'est pas contenté de retirer à la caution celles des exceptions du débiteur principal qui sont en contradiction avec le contenu matériel de son engagement de garantie¹, mais qu'il a tenu à lui enlever encore toutes les exceptions qui ne se conciliaient pas avec le but du cautionnement. Cette nouvelle atténuation — également importante — à la règle de l'art. 502 CO, a été adjointe au texte primitif lors de la révision du cautionnement. Au lieu que la loi mentionne simplement que la caution dispose « de toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur », le texte a été complété, et il faut lire aujourd'hui : ...« de toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur *et qui ne résultent pas de son insolvabilité.* » Bien qu'autrefois le texte comportât une tournure un peu différente, le Tribunal fédéral, par une interprétation extensive, en était arrivé au même résultat. En maintes occasions, il avait statué, sous l'ancien droit, que le caractère accessoire du cautionnement pouvait, dans certains cas bien définis, être primé par son but de protéger le créancier². Or nous savons que cette notion de « protection du créancier » s'identifie pré-

¹ C'est-à-dire celles que nous venons de voir, et qui ne sauraient s'entendre sans que la dette principale continue d'exister, puisqu'elles dépendent essentiellement d'elle. (Or, dans les trois cas visés par la réserve de l'art. 502 CO, nous savons que la dette n'existe même pas.)

² Cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 18.9.1934 dans ATF 60 II 294 (JdT, 1935, p. 72) « Le but de protéger le créancier est primordial, et la dépendance de la responsabilité de la caution par rapport à l'existence et à l'étendue de la dette principale ne saurait porter préjudice au but de protection inhérent au cautionnement ». Cf. dans le même sens : pour le droit allemand, deux arrêts du Tribunal d'Empire IV/468/30 du 4.6.1931, dans *Juristische Wochenschrift*, 1936, p. 2343, n° 37, et du 5.11.1931 dans *RGE*, vol. 134, p. 125. Voir également un exposé détaillé de la question par von Tuhr, dont se sont inspirés les auteurs de la révision, dans *SjZ*, vol. 19, 1923, p. 225.

cisément avec le but du cautionnement (c'est-à-dire celui de garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur. Ainsi nous rejoignons l'idée, aujourd'hui exprimée dans la loi, que les exceptions du débiteur principal, découlant de son insolvabilité et visant à le libérer totalement ou partiellement de son obligation, ne sauraient en aucun cas profiter à la caution¹. Ces mesures de pure opportunité représentent des privilèges octroyés au débiteur *intuitu personae*, et demeurent sans effet quelconque sur l'engagement de la caution². Cette règle, au sens où nous venons de la définir, se trouve largement répandue dans toute la vie juridique et connaît une grande variété de cas d'application. Dans l'impossibilité d'examiner ces cas dans le détail, parce qu'ils changent avec chaque situation, nous en retiendrons néanmoins deux, spécialement prévus par la loi. D'une part il est stipulé, dans la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, que lorsqu'un sursis ou un concordat a été consenti au débiteur principal, « le créancier qui n'y a pas adhéré conserve tous ses droits contre les coobligés, cautions et garants du débiteur » (LP art. 297 et 303 combinés) ; d'autre part, il est prévu également qu'au cas où un acte de défaut de biens a été délivré au créancier, la caution reste quand même tenue des intérêts de la dette (LP art. 149 et 265 combinés). Une situation analogue se présentera dans le cas de la faillite, où le cours des intérêts, bien qu'arrêté alors pour le failli, n'en continuera pas moins de courir pour la caution (LP art. 209). Ce sont là autant d'exemples des limites très nettes imposées au principe fondamental qui régit l'accessoire. On peut regretter *de lege lata* que ce principe ne soit nulle part défini dans le code, alors qu'il est appelé à jouer un grand rôle dans la pratique, pour la formation des obligations.

¹ Pas plus, d'ailleurs, que dans un rapport inverse, la faillite du débiteur principal n'avancerait l'exigibilité de la dette de la caution (CO art. 501 al. 1).

² Comme le remarque le Tribunal fédéral (cf. note 2, p. 106, et l'arrêt qui y est cité), le cautionnement tend alors à se rapprocher du portefort ; mais c'est normal, puisqu'en l'occurrence le but de garantie du cautionnement passe le caractère accessoire de l'obligation.

III^e PARTIE

LA GARANTIE PERSONNELLE

CHAPITRE IX

DES DIFFÉRENTS MODES DE GARANTIE

Nous savons qu'il y a deux manières de procurer au créancier la sécurité qu'il exige dans la pratique. Ou bien le débiteur (ou un tiers) affecte spécialement un objet de son patrimoine à la garantie d'une obligation donnée, en conférant au créancier un droit réel sur cet objet, et l'on a affaire alors à une *sûreté réelle* ; ou bien une ou plusieurs personnes acceptent d'ajouter leur engagement personnel à l'obligation du débiteur principal pour décider le créancier à accorder le crédit demandé ou pour éviter qu'il ne dénonce un crédit déjà accordé, et l'on tombe alors dans le cas d'une *sûreté personnelle*. Ainsi, « dans la théorie générale des obligations, déclare von Tuhr, la garantie suppose soit l'adjonction d'un nouveau débiteur (sûreté personnelle), soit l'assujettissement d'un bien déterminé à titre de gage (sûreté réelle) »¹. Dans le premier cas, le patrimoine d'un tiers vient s'ajouter en quelque sorte au patrimoine du débiteur pour répondre encore à côté de lui à l'égard du créancier ; dans le second cas, le créancier obtient de renforcer le droit qu'il possède

¹ Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2^e vol., 2^e partie, § 76 (Sicherungsgeschäfte), p. 174 : « Die Sicherheit besteht entweder in dem Hinzutritt eines weiteren Schuldners (Personalsicherung) oder in der pfandrechtlichen Haftung eines einzelnen Gegenstandes (Realsicherung) ».

déjà sur l'ensemble des biens du débiteur par un privilège spécial qu'il acquiert sur une chose et qui lui confère un droit réel de réalisation. Cette simple division des garanties en sûretés personnelles et en sûretés réelles nous laisse entrevoir immédiatement qu'elle dépend de la distinction plus générale des droits patrimoniaux en *droits réels* d'une part, et en *droits personnels* d'autre part. Ces droits correspondent, dans la doctrine, les uns à des droits tournés spécialement contre une chose (qui confèrent sur elle une maîtrise limitée ou illimitée), et les autres à des droits dirigés contre une personne (celle du débiteur, dont on attend la prestation). Mais la sûreté personnelle, telle que le cautionnement, par ex., implique toujours un engagement de caractère personnel du garant, qui ne permet pas de la confondre avec cette autre convention, de caractère réel, par laquelle une personne consent à donner en garantie de la dette d'un tiers, un gage ou une hypothèque, sans s'obliger personnellement. De plus, comme l'engagement personnel du garant n'existera jamais qu'en vertu d'un contrat générateur d'obligation, on peut en déduire tout naturellement qu'on sera en présence d'une sûreté personnelle quand les rapports entre le garanti et le garant représenteront des rapports de créanciers à débiteur. Ainsi donc on pourra, dans la règle, attribuer à la sûreté personnelle, toutes les propriétés qui sont normalement celles d'un *droit de créance*. En particulier, la sûreté personnelle, comme n'importe quelle autre obligation, présentera cette double caractéristique d'être formée, en premier lieu, de « la dette » (qui vise le débiteur dans sa personne), et en second lieu — lorsque ce dernier n'accomplit pas la prestation — de « la responsabilité » (qui porte sur tout son patrimoine) ¹. On comprend aussitôt pourquoi la valeur de la sûreté personnelle dépend en fait de deux éléments, qui sont, d'une part la personne du garant (soit la mesure dans laquelle il est digne de confiance),

¹ On observera que dans le cautionnement l'obligation du débiteur est limitée à un montant maximum en vertu de l'art. 493 CO. Mais le débiteur (en l'occurrence la caution) n'en répond pas moins, dans ce cas, sur toute sa fortune : car c'est seulement son obligation qui est limitée (cf. VON TUHR, Partie générale du CO, p. 15).

et d'autre part le montant de sa fortune (surface effective qu'il offre au créancier). Ce principe est très important : on peut même dire que c'est lui qui gouverne tout le crédit personnel, que ce crédit doive s'entendre comme un « crédit en blanc » (contre le seul engagement du débiteur), ou bien qu'il doive être regardé comme un « crédit garanti » (en échange du double engagement du débiteur et de sa caution).

On a parfois appelé « garantie simple », dans la doctrine française, celle qui avait lieu en matière personnelle, tandis qu'on réservait le nom de « garantie formelle » à celle qui avait lieu en matière réelle ou hypothécaire ¹. Sans nous arrêter à ces questions de définitions, nous retiendrons simplement l'opposition qu'elles décèlent entre les deux espèces fondamentales de garantie, dont l'une se trouve étroitement soumise à des prescriptions de forme, tandis que l'autre en est généralement affranchie ². Et c'est là, sans doute, une première distinction à faire : d'un côté la garantie se matérialise dans un acte définissable, concret, qui fixe de manière bien visible pour tous la part d'actif réservée à la couverture de la dette ³; de l'autre, la même obligation de garantie ne dépasse pas la simple promesse, donnée parfois verbalement, souvent sans limites précises, et s'appuyant sur une universalité de biens dont aucun n'est désigné spécialement. A cette première distinction, on peut en ajouter une autre, également importante, qui dépend du facteur temps. Il se vérifie, en effet, dans la pratique, que les sûretés personnelles ont le plus souvent, pour de simples motifs de

¹ Cf. FUZIER, *Répertoire général alphabétique du Droit français*, vol. XXIII, p. 142.

² C'est ainsi que, dans un cas, on voit la loi fixer limitativement à trois le mode de constitution des gages (quand il s'agit des gages immobiliers), en prohibant même toute autre forme de gage (CCS art. 793 al. 2), tandis que dans l'autre les principes généraux du droit des obligations permettent aux parties, dans l'hypothèse personnelle, d'improviser librement, et avec une extrême souplesse, toute formule de garantie à leur choix. Nous mettons à part le cas du cautionnement, qui n'est soumis à la forme authentique qu'en Suisse, et seulement depuis la révision prévue par la LF du 10.12.1941.

³ Principe de la spécialité du gage, cf. TUOR, *Le Code civil suisse*, pp. 554 et 610.

sécurité, des échéances brèves : une caution, bonne aujourd'hui, ne le sera peut-être plus à quelque temps de là ; son caractère est essentiellement dynamique. Dans les sûretés réelles, au contraire, ce facteur de dépréciation dans le temps, ne se manifeste pas, ou en tout cas dans une moindre mesure, et ces sûretés plus stables seront généralement souscrites à long terme ; leur caractère est donc plutôt statique.

Sur un autre plan, on peut établir également une distinction quant à l'objet de la garantie, lequel sera généralement plus restreint en matière personnelle qu'en matière réelle. Contrairement à ce qui se passe en matière de sûreté réelle, un acte de cautionnement couvrant l'ensemble des diverses obligations d'un débiteur vis-à-vis d'une banque n'est pas la règle ; dans l'interprétation, on considère d'habitude que la « caution, qui met en jeu toute sa fortune pour la dette d'un tiers, mérite plus de ménagements que le propriétaire d'un gage, dont la responsabilité est limitée à une chose »¹. Il peut arriver, en outre, qu'on fasse en doctrine une distinction par rapport à la nature de la prestation de garantie. Tandis que la prestation, dans les sûretés réelles, est d'ordre matériel (le débiteur de la garantie fournit alors la prestation au moyen de sa fortune (par un transfert de propriété, une cession de droit, la remise d'un gage, etc.), cette prestation prend au contraire un caractère personnel dans les sûretés du même nom (dans ce cas, le débiteur payera de sa personne pour accomplir la prestation : il exécutera un travail, il tiendra une certaine conduite, il donnera son crédit, etc.). Cette dernière distinction nous en fait toucher une autre encore, peut-être la plus significative de toutes. Tandis que la sûreté réelle implique l'existence d'un lien juridique avec une chose (*res*), dans lequel elle se concrétise, et qui peut être un bien

¹ Cf. ZSR, vol. 54, année 1935, p. 145 a, et *Protokoll schw. Juristentages*, 1935, pp. 499 ss., Rapport de M. HENRY sur « la revision de la législation en matière de cautionnement ». D'après la jurisprudence et la doctrine, la banque doit expressément déclarer à la caution que son cautionnement ne doit pas seulement garantir une opération déterminée que l'on a en vue, mais bien encore toutes les obligations existantes ou futures. Dans cette éventualité, la banque est tenue de communiquer à la caution l'état des engagements déjà existants.

mobilier ou immobilier, un titre ou un papier-valeur, la sûreté personnelle, elle, suppose au contraire l'existence d'une relation personnelle entre les intéressés, relation qui lui donne son caractère propre (le père qui cautionne son fils, l'administrateur qui cautionne sa société, etc.). Cette aide extérieure apportée par un tiers, qui vient se joindre en tant que sujet de droit à l'obligation du débiteur, représente, à notre sens, le point crucial de division des deux sûretés, le critère fondamental auquel nous reviendrons plus loin.

Après avoir envisagé jusqu'ici les différences les plus marquantes entre les deux espèces de garantie, il sied d'en relever les points communs. Tout en évoluant dans des sphères qui leur sont propres, les sûretés personnelles et les sûretés réelles offrent certains rapprochements qu'il peut être utile de connaître ; nous pensons ici tout particulièrement à leurs points de rencontre dans la loi. Il n'est pas rare, en effet, que les solutions proposées par le législateur pour ces deux formes de garanties coïncident. Ainsi nous trouvons à l'art. 501 al. 3 CO l'exemple d'une disposition du cautionnement qui peut être aisément rapprochée du principe donné pour l'hypothèse à l'art. 831 CCS. De même, l'art. 504 CO nous offre l'exemple d'une règle qui se rapproche beaucoup de celle de l'art. 827 CCS. « ... Puisque, dans ce dernier cas (art. 827 CCS), souligne von Tuhr, la compensation est possible selon le droit des obligations (CO art. 120), il faut aussi l'admettre par analogie en matière de droits réels »¹. Ailleurs encore, le Tribunal fédéral, partant d'un point de vue identique, déclare que la notion de gage, à laquelle se réfère l'art. 287 LP, doit être étendue « à toute forme de sûreté équivalente au point de vue économique »². Autant de situations, autant de cas, où

¹ C'est le cas où le propriétaire d'un gage, qui n'est pas le débiteur lui-même, mais un tiers, peut dégrever l'objet remis en gage en vertu de la loi, en désintéressant le créancier. Il est alors subrogé dans ses droits, et la compensation doit être admise avec la créance que le débiteur peut avoir contre lui. Cf. von TUHR, *Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht*, dans *SJZ*, vol. 19, 1923, p. 225, ad note 63.

² Cf. ATF 38 II 724. En l'espèce, il s'agissait de la remise d'un effet de change à l'encaissement.

les sûretés personnelles et les sûretés réelles se trouvent soumises à des règles identiques. Et si l'on considère que le gage mobilier (ou « nantissement ») représente un engagement de caractère accessoire, exactement comme le cautionnement, on peut en conclure qu'ils auront tous deux des effets analogues ¹. Il nous reste encore à retenir l'hypothèse de la transformation d'une sûreté réelle en une sûreté personnelle. Certes, ce cas n'est pas fréquent, mais il pourra se présenter, par exemple, lorsqu'une assurance sur la vie aura été remise à un banquier en couverture d'une avance. Là aussi, nous pourrions voir les deux types de sûretés se rapprocher, le cas échéant, jusqu'à ne plus former qu'une seule et même garantie ².

Nous pouvons donc déduire de nos observations antérieures que la notion de sûreté personnelle, telle que nous l'avons définie, tient tout entière dans cette idée de « soumission d'un tiers » au créancier. S'il est impossible d'être à la fois débiteur et caution pour une même dette, c'est parce qu'un tiers devra désormais répondre de la dette à côté du débiteur. C'est exactement ce que fait ressortir notre Code des obligations en langue italienne, quand il se sert du terme de « fideiussione » pour le cautionnement (CO art. 492) ³. En définissant l'acte de cautionnement comme la « foi jurée » à autrui, il donne une très fidèle représentation de la réalité. Il faut donc considérer la prestation exécutée par un tiers à la place du débiteur comme valable et

¹ Dans les deux cas, les garanties attachées à un crédit en compte courant s'éteindront, sauf stipulation spéciale, lorsque le compte sera balancé ou devenu créancier à l'échéance (cela, en vertu de la novation de la créance principale, CO art. 117). C'est aussi la raison pour laquelle les banques ont pris soin d'insérer dans leurs actes de nantissement comme dans leurs actes de cautionnement, une clause prévoyant le renouvellement tacite des sûretés lors de la clôture périodique des comptes courants, et cela spécialement pour les sûretés qui sont constituées par des tiers. Cette façon de faire se justifie entièrement, puisque la caution ou le constituant du gage ne s'engage pas pour une créance déterminée, mais bien pour « le crédit » au sens économique du terme (cf. KADERLI, *Die Sicherung des Bankkredites*, pp. 232-233). Voir aussi ci-dessus, pour les effets des droits accessoires, chap. VIII.

² BAUDIN, *Le crédit*, p. 42 (note).

³ Le mot vient directement du droit romain, qui connaissait déjà la « fideiussio » et le « fidejussor ».

conforme aux principes généraux du droit des obligations. La prestation n'est rien d'autre, en effet, « qu'une manière de se comporter du débiteur, qui doit profiter au créancier ». C'est pour cette même raison d'ailleurs que la solidarité pourra naître dans un rapport juridique. La seule condition imposée ici est que l'accomplissement de la prestation par le tiers procure la même satisfaction au créancier que si elle avait été fournie par le débiteur ¹.

Le tiers qui exécute l'obligation ne se présentera pas, dans ce cas, comme un auxiliaire, mais bien comme un « substitué », son rôle étant d'accomplir la prestation indépendamment du débiteur et en son lieu et place. Mais la question se posera alors de savoir si, en fournissant la prestation, le garant exécute bien sa propre obligation, ou s'il n'exécute pas plutôt celle du débiteur principal. Tout dépend évidemment du rapport juridique envisagé. On peut dire cependant que, même pour une garantie aussi étroitement liée à l'obligation principale que celle du cautionnement, les auteurs ont tendance à admettre aujourd'hui que le garant exécute toujours *sa propre obligation*. C'est ainsi que nous sommes amenés à envisager trois notions voisines du droit, qui concernent de très près le cas du garant, et qu'il importe de ne pas confondre : la notion d'*adhésion* à la dette d'autrui, celle d'*intercession* au profit d'un tiers, et enfin celle d'*intervention* dans le rapport juridique. Il est d'intérêt primordial pour nous de déterminer lequel de ces trois rapports doit être appliqué dans chaque cas particulier et lequel correspondra avec le plus d'exactitude à la garantie personnelle exigée d'un tiers au profit du créancier.

L'ADHÉSION à la dette d'autrui est un cas particulier de la solidarité passive. Abstraction faite des cas dans lesquels la solidarité entre deux ou plusieurs débiteurs résulte de la seule force des dispositions légales, soit en matière contractuelle, soit

¹ Cf. VON TUHR, Partie générale du CO, p. 39. Si dans un contrat comme le cautionnement, la personne du cocontractant (et notamment le crédit dont elle jouit) peut jouer un rôle pour la conclusion du contrat, elle n'en jouera en revanche aucun pour l'exécution de l'obligation.

en matière délictuelle, cette forme d'obligation conjointe suppose la manifestation d'une volonté commune de la part des contractants (CO 143). Or, cette manifestation peut se produire, soit dès l'origine de l'obligation du rapport d'obligation, soit postérieurement à la formation de celui-ci.

Dans le premier cas, on aura simplement affaire à un engagement conjoint, contracté simultanément par deux ou plusieurs personnes. La question qui pourra se poser alors, en regard de la garantie qui nous intéresse, sera de savoir si un engagement de ce genre peut prendre le caractère d'une intercession de l'un des débiteurs solidaires au profit de l'autre, alors même que la forme choisie confère à leurs engagements une apparence de parfaite égalité. Sur ce point la doctrine paraît divisée. C'est ainsi que Egger n'hésite pas à soumettre aux dispositions de l'art. 177 al. 3 CCS l'engagement commun et solidaire contracté par un mari et sa femme, dans un contrat conclu avec un tiers, lorsqu'il appert que la femme n'a pas un intérêt personnel à l'opération juridique en cause, mais que l'intérêt de son engagement réside en réalité dans le fait qu'elle répond de la dette de son mari aux côtés de celui-ci ¹. Au contraire, Schönenberger n'admet pas qu'un engagement solidaire du mari et de la femme, contracté à l'occasion d'un prêt, d'une vente ou d'un bail, constitue une intercession de la femme en faveur du mari, à moins que les parties n'aient voulu conclure un cautionnement et n'aient dissimulé la véritable nature de leur engagement sous le couvert d'une obligation conjointe ². Beck, enfin estime douteuse en pareil cas la validité de l'engagement souscrit par l'intercesseur si les formes prescrites pour le cautionnement n'ont pas été observées ³.

Si nous considérons maintenant le second cas, c'est-à-dire celui où une personne se joint à une dette déjà existante, dans un moment postérieur à sa formation, nous nous trouvons

¹ EGGER, *Familienrecht*, ad art. 177 CCS, n° 27.

² OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 492, n° 53.

³ BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, n° 31.

nettement en présence de l'adhésion à une dette d'autrui. Cet acte juridique est également un acte générateur d'une obligation solidaire entre le débiteur originaire et le nouveau débiteur. Ici comme dans le cas précédent, la solidarité ainsi créée est une solidarité parfaite, régie en tous points par les dispositions des articles 143 et suivants du code des obligations. Cependant von Tuhr fait observer que si le caractère distinctif de la solidarité parfaite, par opposition à la solidarité dite imparfaite (ou simple concours d'actions) réside dans l'identité de la cause juridique qui est à la base des deux obligations, seules les dettes contractées en commun devraient être considérées comme des dettes solidaires dans le sens propre du terme. L'adhésion à une dette existante, en vertu d'un contrat spécial, distinct de celui qui a donné naissance à l'obligation primitive, ne pourrait pas engendrer autre chose que des obligations simplement concurrentes, puisque les deux obligations n'ont pas la même cause juridique. Or, ajoute von Tuhr, on admet en principe que la solidarité parfaite peut procéder de l'adhésion d'un tiers à une dette existante ¹.

L'adhésion à une dette d'autrui se caractérise donc par cette participation nouvelle d'un sujet de droit au rapport d'obligation préexistant, selon des termes et conditions qui seront identiques, en règle générale, à ceux qui gouvernent l'engagement du premier obligé. C'est pourquoi un auteur français a pu définir l'adhésion comme étant « l'acte par lequel une personne, demeurée jusqu'alors étrangère à une convention, consent à se soumettre à ses clauses » ². Cette définition nous paraît convenir à l'institution que nous examinons ici, à la seule condition d'en restreindre la portée à une dette particulière au lieu de l'étendre à l'ensemble de la convention.

L'adhésion à une dette existante, qui porte aussi le nom, plus souvent employé en Suisse romande, de « reprise de dette

¹ VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 705. Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, rem. prélim. I, 2^e ad art. 175. BECKER, *Obligationenrecht*, rem. 4 et ss. ad art. 143.

² H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, p. 35.

cumulative », peut avoir lieu sans l'assentiment et même contre la volonté de l'ancien débiteur ¹. Cette adhésion, par laquelle le nouveau débiteur se joint à l'obligé primitif et assume l'obligation solidairement avec lui sans que ce dernier soit déchargé pour autant, distingue la reprise de dette cumulative de la reprise de dette ordinaire, ou libératoire ², dans laquelle le reprenant se substitue à l'ancien débiteur. Mais si l'adhésion entraîne nécessairement avec elle la solidarité, cette dernière n'ira pas non plus sans développer certains effets particuliers. C'est ainsi qu'il sera conforme au sens même de la déclaration d'adhésion que l'obligation du reprenant soit subordonnée à la validité de la dette originaire ; qu'elle doive en outre s'apprécier d'après le contenu et l'étendue de la dette au moment de la reprise ³ ; qu'une fois née enfin, cette obligation continue d'exister indépendamment des vicissitudes ultérieures de l'obligation du premier débiteur. Par tous ces points, l'obligation (solidaire) d'un « adhérent » se sépare donc fondamentalement de l'obligation accessoire d'une caution ; on ne parlera jamais de la caution (même solidaire) en disant qu'elle « adhère » à une dette, mais on réservera ce terme d'adhésion au tiers qui aura donné sa garantie sous la forme d'un *engagement solidaire*.

La notion D'INTERCESSION désigne une forme de garantie personnelle ayant un caractère essentiellement accessoire, et s'oppose — à notre avis — à la notion d'adhésion et d'engagement solidaire.

Il est vrai que dans un sens large, adopté par de nombreux auteurs, l'intercession est le fait de s'engager à garantir d'une

¹ Le concours du débiteur ne serait requis que si le reprenant entraînait dans tout le rapport d'obligation de l'autre et nécessitait ainsi une modification du contrat principal (cf. VON TUHR, Partie générale, p. 687).

² Dite aussi « reprise privative » ; cf. FJS, *Reprise de dette*, par R. DES GOUTTES, p. 2, et ATF 46 II 63.

³ Le cas serait inverse si l'on avait affaire à un cautionnement. En effet, lorsqu'un tiers cautionne une dette qui est déjà cautionnée par un autre garant, son intention n'est pas de reprendre cumulativement cette dette avec lui, mais de s'obliger accessoirement avec le débiteur principal. Son obligation est donc en règle générale indépendante de l'obligation de l'autre garant.

façon quelconque, soit en qualité de codébiteur conjoint ou solidaire, soit en fournissant une sûreté personnelle ou réelle, le paiement de la dette d'autrui¹. Cette conception large de l'intercession est celle de von Tuhr². Dans sa partie générale du Code des obligations, cet auteur va même jusqu'à considérer comme des actes d'intercession le fait qu'un mandataire, un gérant d'affaires ou un associé assume des obligations envers des tiers dans l'intérêt du mandant, du maître ou de la société³. C'est encore dans ce sens extensif comprenant n'importe quelle forme d'engagement contracté par une personne envers une autre en faveur d'un tiers, que le terme d'intercession est utilisé souvent dans notre droit ; de même que dans le droit civil allemand. Les obligations que la femme mariée assume, sous quelque forme que ce soit, envers des tiers dans l'intérêt du mari sont comprises sous ce terme d'intercession (CCS art. 177 al. 3). Il est vrai que ce genre d'obligations se rapporte généralement à des garanties à fournir aux créanciers du mari, et qu'à ce titre, elles constituent bien des actes d'intercession à proprement parler. Le Tribunal fédéral et les Cours cantonales ont eu maintes fois l'occasion de se prononcer sur des actes de cette espèce ; comme ils nécessitaient chaque fois l'approbation de l'autorité tutélaire, ils ont donné lieu à toutes sortes de controverses dans la pratique, et nous ne pouvons que renvoyer à ces jurisprudences, dans la mesure où elles intéressent la garantie⁴.

Notons ici que dans cette acception étendue, la notion d'intercession comprend aussi bien les actes par lesquels l'inter-

¹ CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, p. 291.

² « La garantie de la dette d'autrui par un acte juridique (en particulier par un cautionnement ou une mise en gage) rentre dans la notion du droit commun de l'intercession cumulative : c'est pourquoi on peut aussi appliquer aujourd'hui le terme générique d'« intercession » à tous les actes juridiques proches par leur but du cautionnement et de la mise en gage, qui se rapportent à la dette d'un tiers... » Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des BGB*, II^e vol., 2^e partie, § 76 (Sicherungsgeschäfte), pp. 175 et 176.

³ VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 110. Cf. aussi, p. 431, note 28.

⁴ Cf. ATF 51 II 24 ; ATF 59 II 15 ; ATF 61 II 4 et ATF 61 II 218 ; *Sem. Jud.*, 1929, p. 33 ; *Sem. Jud.*, 1932, p. 225 et *Sem. Jud.*, 1946, p. 26. Voir également ci-dessus, p. 90, note 1.

cesseur adhère à la dette d'autrui, c'est-à-dire la reprise de dette cumulative ¹, que ceux par lesquels il assume une garantie accessoire. Pour notre part, c'est à ce sens plus restreint que nous voudrions réserver le terme d'intercession. Ainsi conçue, cette forme de garantie représente l'acte par lequel une personne s'entremet en faveur du débiteur, non pas pour adhérer avec lui au rapport juridique, mais en quelque sorte pour prendre sa place dans l'exécution de la prestation due. Le cautionnement nous en donne le meilleur exemple : c'est le cas-type de l'intercession. Ainsi, dans la doctrine, range-t-on habituellement ce contrat parmi les actes classés comme des « Eintreten für einen Dritten » (Interzession) ². A côté de la formule déjà vue, pour la garantie, de l'« Einstehen für eine Fremdschuld » ³, cette appellation permet précisément de donner à l'intercession son sens étroit, par lequel elle s'oppose à l'adhésion. C'est aussi la conception partagée par divers auteurs qui réservent le terme d'intercession aux seules garanties accessoires sous leur différentes formes, y compris la garantie du mandant dans l'ordre de crédit (CO art. 408) et celle où la caution ne doit répondre que du montant de la perte subie par le créancier (Schadlosbürgschaft, CO art. 495 al. 3). De toute manière, le porte-fort, de même que toutes autres sortes de garantie personnelle n'ayant pas un caractère accessoire, s'en trouveraient exclus ⁴.

L'INTERVENTION est le pendant de l'intercession. Dans les deux cas, une personne s'entremet en faveur d'un tiers ; mais tandis que dans l'intercession, cette personne garantit simplement la dette d'autrui, dans le cas de l'intervention, au contraire, elle la paie ⁵. Le tiers qui « intervient » pour le débiteur, et paie

¹ Cf. dans ce sens notamment EGGER, *Familienrecht*, ad art. 177, les nos 17, 24, *in fine*.

² Cf. BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, ad art. 492 CO, n° 83.

³ Le vocable d'« Einstehen » peut être rendu en français par les termes de substitution, « remplacement ». Le verbe « einstehe für jemandem » correspond à : se substituer à quelqu'un, prendre le fait de quelqu'un, répondre de quelqu'un ou de quelque chose.

⁴ Cf. FJS, *Le porte-fort*, par le professeur BÉGUELIN, et BECK, *op. cit.*, ad art. 492, n° 83.

⁵ VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 431, note 28.

sans mandat la dette de celui-ci, se comporte comme un gérant d'affaires. On sera donc en face d'une intervention chaque fois que la prestation aura été exécutée sans obligation préalable par un tiers. C'est ainsi que la législation du droit de change a expressément prévu dans ses dispositions « le paiement par intervention » (CO art. 1058), avec, comme corollaire également, « l'acceptation par intervention » (CO art. 1055) : le but aisément reconnaissable de cette institution est de pallier aux conséquences d'un défaut de paiement ou d'acceptation, et de sauver le crédit des signataires d'une traite qui n'aurait pas été acceptée ou acquittée à l'échéance ¹. Par là-même cette notion d'intervention reste en dehors du champ de la garantie, et le terme d'intervention appliqué à la manière du cautionnement, par exemple — comme cela se rencontre souvent dans la pratique ² — est une appellation mal fondée. Dans le cadre de la garantie personnelle, la seule alternative possible est dans l'adhésion ou l'intercession d'un tiers en faveur du débiteur. Tout autre terme est hors de considération.

Toutes les garanties personnelles ont donc ceci de commun qu'elles seront toujours exigées et données dans l'intérêt d'autrui. On ne saurait imaginer une garantie personnelle donnée par le débiteur lui-même, puisque ce dernier répond déjà de la dette sur tout son patrimoine, en vertu de la loi ³. Il est donc facile d'en déduire que dans la sûreté personnelle, il y aura chaque fois trois parties en cause ⁴. Et ce *tiers garant*, appelé à jouer le rôle capital dans le rapport juridique, sera en même temps celui sur

¹ Le protêt, tout en constatant que le tiré n'a pas effectué le paiement de l'effet, ou ne l'a pas accepté, signalera alors qu'un tiers est « intervenu » pour en assurer le paiement ou l'acceptation.

² Cf. entre autres MONTARNAL, *op. cit.*, p. 319.

³ Ce n'est que lorsque la responsabilité du débiteur est limitée (par ex. en cas de concordat, limitée au concordat) que le débiteur peut convenir avec le créancier qu'il répondra de sa dette sur tout son patrimoine (cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des BGB*, II^e vol., 2^e partie, § 76, p. 175).

⁴ Une seule réserve doit être faite pour la compensation (CO art. 120), qui s'opère uniquement entre créancier et débiteur, et qui peut être regardée, en certains cas, comme une forme de sûreté personnelle.

lequel retombera tout le poids de la garantie¹. Il devra par conséquent être toujours parfaitement individualisé. Or les cas ne sont pas rares où des confusions peuvent se produire. D'abord, dans le cas où l'obligation accessoire d'un cautionnement se trouvera réunie, par suite d'un transfert, dans les mêmes mains que la dette principale ; ou lorsque, par inadvertance, le tireur d'un effet de change aura ajouté une seconde fois sa propre signature à côté de celle du donneur d'aval². Ensuite, lorsque le tiers garant ne se distinguera plus suffisamment de la personne du débiteur, soit parce qu'il ne dispose pas lui-même de la personnalité juridique, soit parce qu'il n'a pas la légitimation requise. Envisageons le cas, par exemple, où l'on demanderait au gouvernement de donner sa propre garantie pour une administration publique, sans que celle-ci ait en même temps le statut d'une régie indépendante ; ou encore que cette même administration soit appelée à fournir personnellement sa garantie, sans qu'elle dispose de la pleine capacité de cautionner³. Il faut donc savoir si la personne qui souscrit un cautionnement a bien qualité pour agir, et ceci implique une question de forme à résoudre chaque fois. Dans les sociétés, en particulier, il arrive que les statuts obligent parfois les organes de l'administration à se munir de pouvoirs spéciaux pour pouvoir engager la compagnie valablement. Sur le plan des rapports externes on s'est longtemps demandé, d'autre part, si une société en nom collectif (ou en commandite) pouvait être valablement caution-

¹ Cf. ci-dessus, dans le même chapitre, p. 113, et KADERLI, *Die Sicherung des Bankkredites*, p. 216. On peut admettre, en effet, que le contrat n'aurait pas été conclu sans la garantie.

² Cette éventualité a été envisagée à propos d'un arrêt de la Cour d'Appel de Zurich du 21.7.1944 ; cf. *SJZ*, vol. 40, 1944, p. 333.

³ Il peut être intéressant de relever à ce sujet que, si le Décret sur l'administration nationale des chemins de fer espagnols du 11 juillet 1941 ne limite pas comme telle la capacité de cautionner du réseau en la faisant découler de l'approbation préalable du Ministère des Travaux publics, l'art. 13 du chap. 11 stipule, en revanche, que le réseau national ne peut être engagé en matière civile que par la signature de deux administrateurs nantis d'une procuration spéciale. Cette disposition est donc aussi applicable en matière de garantie. Nous la citons à titre d'exemple.

née par un associé, bien qu'elle n'ait pas la personnalité juridique. Aujourd'hui, la question se trouve tranchée, depuis que le code révisé des obligations a expressément prévu « la responsabilité d'un associé pour un cautionnement solidaire souscrit en faveur de la société » (CO art. 568 al. 3) ¹. L'art. 675 al. 1 CO, comporte d'ailleurs à peu près les mêmes stipulations pour la société anonyme. Si cette disposition tend à prohiber, en principe, le paiement d'intérêts sur le capital social, elle ne le fait pourtant qu'à l'égard de la société elle-même ; il convient donc d'admettre, avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, que l'administrateur ou le fondateur d'une S.A. sont des sujets de droit suffisamment « individualisés » pour pouvoir garantir à titre purement personnel, un certain rendement du capital-actions ². De nouveau, se trouve mise ainsi en pleine lumière la force de ce « lien personnel », qui, dans presque tous les cas, unit le « tiers garant » au débiteur, en dehors même du rapport de garantie. En matière commerciale, la garantie personnelle supposera, en effet, le plus souvent des relations d'affaires entre intéressés, et dans le plus classique des cas, un « patronage » de ce tiers (fournisseur, grossiste, etc.) appelé à prêter son concours matériel ou financier au débiteur (comme détaillant, producteur, etc.). Si donc le cautionnement peut être regardé, en principe, comme un contrat passé à titre gratuit, cela ne veut pas dire qu'il représentera nécessairement et toujours un acte désintéressé ; au contraire, tout en apportant son appui matériel ou financier au débiteur, le garant désirera peut-être retirer un profit indirect de l'opération, en élargissant le cercle

¹ Voir deux arrêts contradictoires du Tribunal fédéral à ce sujet dans ATF 36 II 471 et ATF 57 II 356. La situation d'un créancier d'une société en nom collectif est notablement améliorée lorsqu'un associé lui donne son cautionnement. En effet, la responsabilité de ce dernier sera plus étendue que celle qui découle de sa qualité d'associé indéfiniment responsable. D'une part la prescription quinquennale de l'art. 591 CO n'est plus applicable à une caution ; d'autre part, un cautionnement solidaire supprime le caractère subsidiaire de la responsabilité de cet associé. Ces arrêts sont antérieurs à l'adoption du nouvel article 568, al. 3, cité au texte.

² Cf. ATF 46 II 157.

de sa clientèle, en s'assurant de nouveaux débouchés, etc.¹. Mais si la position de tiers garant peut comporter certains privilèges, elle peut aussi, par contre, entraîner diverses exclusions : le cas se présentera, par exemple, si le créancier exige du garant dans la formule d'engagement qu'il renonce, le cas échéant, à demander des gages au débiteur pour se couvrir de sa propre obligation. Dans nombre de législations, la règle veut, d'autre part, que le garant qui a payé la dette ne soit pas autorisé à produire dans la faillite du débiteur pour un montant égal à son droit de recours². Ainsi, dans le rapport juridique, le « tiers-garant » tient une place un peu à part ; cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'il ne sera pas toujours seul en cause et garde la possibilité d'être accompagné d'un ou de plusieurs autres garants soumis à la même obligation. Il s'agira, alors d'une « pluralité de garants », soit que ces « tiers » agissent indépendamment les uns des autres, soit au contraire qu'ils se concertent en vue d'une action commune. Cette « pluralité de garants », évidemment destinée à renforcer la sécurité du créancier, soulève toutefois certains problèmes que nous examinerons plus loin en abordant le « concours de sûretés »³. Nous tenons simplement à souligner ici l'importance prise par les « syndicats de garantie », qui, sous la forme de consortiums de banques ou de groupements privés d'entreprises, sont constitués de nos jours en vue de garantir collectivement une ou plusieurs opérations déterminées (telles que l'aboutissement d'une affaire, le succès d'une émission, etc.), sur le plan commercial ou financier. La garantie sera donnée alors ou bien en la forme solidaire

¹ HAMEL, *op. cit.*, vol. II, p. 485, relève que « le cautionnement devient commercial (selon la notion du droit français) toutes les fois que, la dette principale étant elle-même commerciale, la caution a agi dans un intérêt personnel, de telle manière que son engagement participe au caractère commercial de la dette principale ». Il cite comme exemple celui des gérants de société à responsabilité limitée qui cautionnent les engagements commerciaux de leur société ; celui de la caution qui doit participer aux bénéfices de l'opération cautionnée ; celui enfin où deux personnes (sans qu'il existe un contrat de société) s'unissent entre elles pour certaines affaires, l'un cautionnant l'autre envers les tiers.

² Pour le droit anglais, cf. TOPHAM, *op. cit.*, p. 270.

³ Cf. p. 125, note 3.

(de telle sorte que tous les membres du syndicat participent globalement à la garantie), ou bien en la forme individuelle (chacun des associés devant être alors responsable pour son propre compte, et pour une quote-part de la dette seulement ¹.

Le concours de sûretés, qui joue un rôle prépondérant dans la garantie des crédits et qui connaît une grande variété de cas d'application dans la pratique ², peut résulter — soit d'une combinaison des diverses sûretés personnelles entre elles, lorsqu'elles sont données pour une même obligation — soit du renforcement d'une sûreté réelle par une sûreté personnelle, lorsqu'elles sont juxtaposées à l'occasion d'un même crédit. Il convient de distinguer ces deux cas dont les incidences théoriques sont différentes. En effet, lorsqu'une sûreté personnelle, se trouve doublée par une autre sûreté personnelle, cela signifie ou bien que plusieurs garants personnels se sont engagés pour une même dette (et cela nous reporte au cas déjà envisagé) ³, ou bien que la caution (tiers-garant) a été appelée à souscrire un engagement additionnel pour rendre sa garantie personnelle plus efficace et plus sûre (ce pourra être alors une post-position de créance, une clause négative, etc.). Dans cette dernière éventualité, toutes les garanties seront données par une seule et même personne, et cela n'appelle aucune remarque particulière de notre part. Dans la première éventualité, au contraire, nous nous trouvons en face d'un concours comprenant plusieurs garants : ceux-ci pourront être alors, ou bien différentes personnes soumises ensemble à un même rapport obligationnel (comme cautions conjointes, par ex.), ou bien des tiers séparément tenus et qui le sont à des titres divers (c'est-à-dire, les uns en vertu d'une garantie solidaire, comme reprenants d'une dette par ex., les autres en vertu d'un rapport subsidiaire, comme cautions, certificateurs de caution, etc.). Dans ce cas, tous les

¹ Cette organisation par syndicats de garantie variera suivant les habitudes et les pays. La Suisse traditionnellement se rattache au système du groupe allemand.

² Cf. AESCHLIMANN, *op. cit.*, p. 38.

³ Cf. p. 124, note 3.

coobligés sont sur le même pied et assument une responsabilité identique ; dans l'autre, les garants et cautions sont tenus personnellement, selon la nature propre de leur obligation, et seulement dans ses limites. Ces questions ayant été étudiées en détail dans le chapitre précédent, nous nous dispenserons d'y revenir. En revanche, la rencontre d'une sûreté personnelle avec une sûreté réelle a une portée pratique beaucoup plus grande et prendra une tout autre signification. Il peut arriver fréquemment, en effet, qu'un débiteur, qui a déjà fourni à son banquier des garanties d'ordre réel pour la couverture d'un crédit, se voie imposer en outre la remise de sûretés personnelles. C'est la situation de l'administrateur, appelé à cautionner un accreditif ouvert par une banque en faveur de sa société. C'est celle du créancier hypothécaire, exigeant des cautionnements de tiers pour la couverture de ses prêts en deuxième ou troisième rangs ¹. C'est celle enfin du client d'une banque, désireux d'obtenir des avances sur ses avoirs à l'étranger, mais qui n'y parviendra pas sans fournir une garantie de son correspondant. Et nous pourrions ainsi multiplier les exemples... Puisant au hasard des dossiers d'un établissement de crédit, nous pouvons mentionner encore les quelques cas suivants : *a*) un crédit à une fabrique est couvert par le nantissement de cédules hypothécaires grevant l'ensemble des bâtiments industriels, mais accessoirement, la banque exige encore la post-position d'une créance détenue par la maison-mère contre la société (d'un montant à peu près égal au crédit) ; *b*) à l'occasion de l'octroi d'une limite pour l'ouverture d'accréditifs irrévocables à une compagnie d'importations-exportations, la banque, dans des conditions identiques, demande la post-position en sa faveur d'une créance du président, figurant au passif de la société. Ailleurs, un crédit documentaire est accordé sur la base de sûretés de quatre types différents : un droit de gage sur la marchandise, une cession de créance en

¹ Dans son Rapport sur la revision de la législation en matière de cautionnement (p. 6), la Division fédérale de Justice relève que le 40% des prêts hypothécaires des banques sont garantis par des cautionnements.

compte courant remboursable à court terme, un cautionnement solidaire de l'administrateur, enfin une hypothèque sur l'immeuble du principal actionnaire. Si nous avons ici, en fait, trois sûretés réelles pour une sûreté personnelle, le cas inverse peut naturellement aussi se produire. Il est caractéristique dans un autre exemple, où un prêt est accordé, d'une part contre le nantissement de tous les titres hypothécaires et de toutes les actions du capital ordinaire et privilégié de la société, d'autre part contre le cautionnement conjoint et solidaire de ses différents administrateurs ainsi que celui d'une société-sœur ; en outre contre l'engagement formel de remettre des billets de change à première réquisition ; enfin contre la post-position d'un premier acompte versé sur le coût total de l'opération. Et les formules pourraient se succéder ainsi à l'infini, toujours selon le même rite de la sûreté personnelle venant appuyer une sûreté réelle. Mais réciproquement, une sûreté réelle peut occasionnellement renforcer une sûreté personnelle. Ainsi, notamment, lorsqu'un crédit a été accordé en vertu d'un cautionnement solidaire, et que ce cautionnement doit être simultanément couvert, aux termes de la convention, par le nantissement d'un dépôt de titres. De même, lorsqu'une sûreté réelle a été constituée dans le seul but de servir d'arrière-garantie à une sûreté personnelle : tel le cas de l'avoir en banque bloqué, en contrepartie d'une déclaration de garantie à fournir à un tiers sur demande du titulaire du compte ¹. De même enfin, dans le cas des coopératives de cautionnement, qui ne prêtent autant que possible leur garantie aux adhérents que si ces derniers sont capables de fournir eux-mêmes des sûretés d'ordre réel, telles que des hypothèques (même de rang inférieur), des cessions de créances (une subvention de l'Etat, par ex.), une

¹ Ce dernier cas s'éloigne toutefois du concours de sûretés proprement dit. L'expression d'« arrière-garantie » peut être employée par analogie avec le terme d'arrière-caution, défini à l'art. 498 al. 2 CO ; elle vise spécialement la couverture donnée par le débiteur au garant pour assurer son recours. Comme la caution et l'arrière-caution ont chacune en vue des obligations différentes, on ne saurait parler d'elles logiquement en utilisant le terme de « concours ». Le concours de la caution existera, en revanche, en plein avec le « certificateur de caution », tel qu'il est donné par l'art. 498 al. 1 CO.

assurance-vie, etc. : mesure de précaution et de sécurité élémentaire, qu'explique et justifie la modicité des moyens de ces organisations. Nous retiendrons surtout de ce tour d'horizon la grande variété des systèmes de garantie, et la souplesse à laquelle ils peuvent atteindre, lorsqu'ils sont le produit d'une combinaison des sûretés personnelles et des sûretés réelles. Ces garanties sont si bien liées entre elles dans la pratique que les actes d'ouverture de crédit des banques peuvent comporter parfois une double formule de sûretés, dont l'une s'appliquera au nantissement-titres et l'autre au cautionnement solidaire. Mais cet enchevêtrement de sûretés qui concourent à la fois sur le plan réel et sur le plan personnel en vue de garantir une même obligation, fait naturellement l'objet d'une réglementation juridique spéciale. Il y a un intérêt majeur à savoir, dans chaque cas particulier, quelle est la sûreté qui doit avoir le pas sur l'autre, ou si l'on veut, « qui du garant personnel ou du propriétaire du gage doit en dernière analyse supporter le poids de la dette ». Cette question ne peut être résolue qu'en se reportant aux conventions établies par les parties dans le contrat d'ouverture de crédit ou les actes de garantie, ou bien en se référant aux règles du droit positif. Dans le cas du cautionnement, la dernière revision a consacré à l'art. 507 al. 4 CO, le principe dès longtemps admis par la jurisprudence et la doctrine ¹ que le constituant du gage est celui qui doit supporter en premier lieu les pertes éventuelles. Cette solution parfaitement logique et harmonieuse peut être appliquée par analogie à toutes les formes de garantie personnelle du type accessoire ; la règle est de droit dispositif et les conventions contraires sont réservées.

Mais la question se posera différemment pour l'engagement solidaire et la reprise de dette cumulative qui ne réalisent pas le type accessoire de la garantie personnelle. Ce sont les dispositions de la partie générale du droit des obligations qui s'appliqueront, à défaut d'autres stipulations des parties (CO art. 143

¹ Voir un arrêt de la Cour d'Appel de Zurich du 5.5.1939, dans *Bl.Zür.R.*, 39, n° 2. Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 507, n° 55.

ss.). La notion de concours par solidarité aura toujours son corollaire juridique dans celle de recours. Aussi l'art. 148 al. 2 CO statue, à propos du concours des obligations solidaires, que « celui qui paie au delà de sa part a, pour l'excédent, un recours contre les autres ». L'art. 149 al. 1 ajoute, de son côté, que « le débiteur solidaire qui jouit d'un recours est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé ». La question, dans le concours par solidarité passive, reviendra donc toujours à savoir si le garant dispose ou non d'un droit de recours ¹. Si tel est le cas, il bénéficiera, par l'effet de la subrogation, des sûretés réelles qui pourraient avoir été constituées en faveur du créancier par le codébiteur contre lequel il est en droit d'exercer son recours.

Nous mettons à part les cas touchant essentiellement au droit de change. Mais ces premiers jalons posés, nous ne pouvons envisager dans le cadre restreint de cette étude, ni les règles particulières susceptibles de s'appliquer à chaque espèce, ni les solutions d'ensemble valables pour le concours qui nous intéresse. Qu'on nous permette de renvoyer directement à ceux des travaux présentés à l'occasion de la revision de la législation sur le cautionnement qui comportent un examen critique de la question, ainsi qu'à l'excellente thèse publiée par M. Lucien Nussbaumer sur ce sujet ².

Nous avons examiné jusqu'ici les données fondamentales de la sûreté personnelle, les traits caractéristiques qui nous la rendent familière et ses différences théoriques avec la garantie réelle ; il nous reste à dire maintenant dans quelles conditions cette sûreté peut être appelée à naître, par quelles voies elle

¹ « Dans les actions concurrentes, le droit de recours découle du rapport interne entre les divers débiteurs, comme dans les créances solidaires, art. 148 CO. S'il n'existe aucun rapport interne, il n'y a pas de recours... » (VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 705).

² Cf. *Rapport*, pp. 34 et 35, p. 58 et pp. 61 et 62. *Message* sur la revision du cautionnement, *FF*, vol. II, n° 51, du 20.12.1939, pp. 905-906 ; DUPERREX, *Cautionnement et Crédit* dans la *Sem. Jud.*, 1942, pp. 92-94 ; NUSSBAUMER, *Subrogation et recours de la caution lors du concours des sûretés personnelles et réelles*, thèse, Fribourg 1945 ; *FJS*, *Cautionnement*, III, p. 4, par le professeur Th. GUHL.

pourra jouer son rôle au service du crédit, quels seront enfin les avantages et les inconvénients qu'elle comporte.

Relevons *a priori* que n'importe quel créancier dispose d'un droit personnel à la *constitution de sûreté* ; comme nous l'avons vu, cette faculté lui viendra de l'une des trois sources habituelles du droit : la loi, le juge ou le contrat. En matière conventionnelle, le créancier pourra, le cas échéant déduire son droit d'une simple promesse de dettes : rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'un débiteur promette d'avance au créancier de fournir une garantie pour une dette existante ou future. Parmi les sûretés de formation différente déjà mentionnées, celles qui sont *d'origine purement conventionnelle* méritent une place à part. Tandis qu'en principe, les sûretés à base légale n'intéressent pas les banques, celles d'origine contractuelle, au contraire, sont susceptibles de contribuer largement au développement du crédit. Or, la pratique démontre presque toujours que les sûretés s'adaptant le mieux au crédit sont aussi celles auxquelles peut consentir volontairement le débiteur, en fonction de ses ressources ou de ses moyens. Sitôt que la volonté cesse de jouer son rôle modérateur dans le système des crédits, nous n'avons déjà plus en face de nous que le spectre de la loi, lequel impose ses formules rigides et oblige le créancier à rechercher d'autres moyens ou l'empêche de conclure une affaire, puisqu'il n'est tenu aucun compte des facultés du débiteur¹. Il y aura donc lieu de distinguer finalement, d'une part les sûretés volontaires, conclues *in concreto*, et qui peuvent s'accorder avec le crédit, et d'autre part les sûretés légales, imposées *in abstracto*, qui restreignent, au contraire, son développement. En ce qui concerne le *droit légal d'exiger des sûretés* — ou l'obligation d'en fournir — nous ne pouvons que nous borner, dans cette étude, à passer en revue quelques-uns des cas les plus marquants prévus par la loi. C'est dans le Code civil, tout d'abord, que nous voyons le législateur — soucieux de protéger les intérêts de certaines catégories de personnes — stipuler en leur faveur, par clause spéciale et

¹ Cf. LESTAPIS, *op. cit.*, p. 76.

sous sa seule autorité, le « droit de requérir des sûretés » : il en sera ainsi, entre autres, pour la garantie des apports de la femme (CCS art. 205 al. 2), pour la sauvegarde des biens de l'enfant (CCS art. 297 al. 2), pour le respect des droits du conjoint survivant (CCS art. 463 al. 2) enfin pour la défense des prérogatives du propriétaire (CCS art. 760 ss.). Puis dans le Code des obligations également, le législateur a introduit diverses dispositions de cette nature, dont les unes pour assurer l'équilibre des parties dans les contrats bilatéraux (CO art. 83), les autres pour réserver les droits du débiteur dans une dette reprise (CO art. 175 al. 3) ou le recours d'une caution qui doit être libérée (CO art. 506), les troisièmes pour maintenir temporairement les termes d'un contrat, lorsque le locataire (CO art. 266), le fermier (CO art. 295) ou l'éditeur (CO art. 392) sont en état de faillite, les dernières enfin pour couvrir les avoirs des créanciers sociaux en cas de réduction du capital d'une société anonyme (CO art. 733) ¹. Ailleurs, dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, la même obligation de fournir des sûretés est prévue encore à propos de toute une série d'articles — dont ceux du séquestre notamment — parfois à la charge du créancier, au moment du dépôt de sa requête (LP art. 273 al. 1), d'autres fois à la charge du débiteur, lorsqu'il demande à rester en possession de ses biens (LP art. 277) ². Enfin dans les lois cantonales elles-mêmes, il n'est pas rare de trouver les dispositions tendant à soumettre les parties à certains contrats ou à l'obligation de souscrire une garantie à côté de leurs engagements. La garantie ne découlera plus, en pareil cas, d'un simple acte du droit privé, décidé librement entre les parties ou imposé par le législateur, mais elle se rattachera directement à une disposition du droit public. Les tribunaux, qui ont été appelés à se prononcer sur la validité de cautionnements de cette espèce,

¹ Cf. à ce sujet VON STEIGER, *Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz*, p. 297, où cette question est étudiée spécialement, avec une référence au droit allemand.

² Cf. VON OVERBECK, *Schuldbetreibung und Konkurs*, Zurich 1940, p. 218, et ATF 54 III 131 et 56 III 83.

l'ont pleinement reconnue par analogie avec les cautionnements d'employés (CO art. 503 et 512) ¹. Cette jurisprudence vaudra, d'ailleurs, pour tous les cautionnements requis d'office par les pouvoirs publics ². Ce sont là naturellement autant de cas où les sûretés peuvent jouer un rôle important en dehors de la sphère du crédit proprement dite. Il convient d'y ajouter un petit nombre de dispositions spéciales du code, qui ne se contenteront plus simplement de prévoir « l'obligation pour une partie de garantir un tiers dans des conditions données », mais iront jusqu'à fixer elles-mêmes les modalités et les limites de la garantie. Si l'on s'éloigne ainsi toujours davantage de la notion de « sûreté » du droit privé, pour lui substituer une notion de « garantie légale » du droit public, on constate alors que l'obligation n'y est plus prévue qu'à la charge du débiteur lui-même et qu'en vertu d'une prescription formelle de la loi (ce qui la distingue de la garantie personnelle). C'est ce que démontre l'art. 637 CCS, par ex., où il est stipulé qu'après le partage, les cohéritiers se garantiront obligatoirement l'existence des créances réparties entre eux, et qu'ils répondront en même temps comme cautions simples de la solvabilité des débiteurs. La garantie des cohéritiers est de même nature que celle prévue à la charge du vendeur aux art. 192 et 197 CO et qui porte d'après la loi, aussi bien sur la chose elle-même que sur les qualités de cette chose. Cette obligation légale de garantir représente, dans les deux cas, une partie intégrante de l'obligation principale de l'héritier ou du vendeur ³. Elle équivaut à une obligation de garantie

¹ Cf. dans *SJZ*, vol. 13, 1916, p. 108, un arrêt de la Cour d'Appel de Zurich du 3.7.1915. Le débat portait sur les modalités d'application d'une loi zurichoise sur le commerce du bétail, prévoyant que le marchand de bétail devait fournir un cautionnement pour les obligations qu'il assumait dans des ventes. Les juges ont déclaré alors que « les obligations stipulées par la loi ou d'autres ordonnances à la charge des parties devaient être regardées comme des clauses intégrantes du contrat ». Ils se fondaient en particulier sur l'avis de OSER, *Commentaire CO*, rem. prél. ad art. 492, note 2 ; art. 493, note 1, et art. 504 anc. CO, note 1.

² C'est-à-dire les cautionnements qui sont exigés comme une formalité indispensable pour l'octroi de certains permis dans l'administration des douanes, le service des contributions, la police des étrangers, etc.

³ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 192, n° 23.

de caractère accessoire, au sens que nous avons donné à ce mot, et par conséquent dépendra toujours de l'obligation principale. Tout autre, en revanche, est la situation dans la garantie due pour une cession de créance. Si la loi — comme dans le partage entre héritiers — dit bien que « le cédant est garant de l'existence de la créance au moment du transfert », la portée de cette obligation n'en reste pas moins différente. Cette garantie prend alors le caractère exclusif d'une obligation indépendante (CO art. 171 al. 1) ¹. De l'avis de la jurisprudence et de la doctrine, il manque à la garantie du cédant le caractère spécifique de l'« intercession » pour constituer un cautionnement. Cette forme d'obligation s'opposera donc directement à celle de l'obligation accessoire : elle ne suivra que les règles particulières de son rapport juridique. De plus, le cédant n'aura jamais à répondre de la solvabilité du débiteur sans s'y être spécialement engagé (CO art. 171 al. 2). Nous constaterons pour conclure, qu'en empruntant la plupart de ses formes aux éléments intrinsèques de la sûreté personnelle, la garantie légale nous permet d'en éclairer certains aspects nouveaux. Cet aperçu des garanties qui ont leur source dans la loi, nous montre d'autre part, une suite d'applications très variées des sûretés personnelles, qui viendra s'ajouter encore au champ plus étendu des garanties conventionnelles.

Sur le *plan contractuel*, en effet, la pratique nous enseigne que la sûreté personnelle a des possibilités d'adaptation presque illimitées. Nous en citerons, pour mémoire, quelques-unes des plus essentielles. Notons, en première ligne, que la sûreté personnelle aura sa place et sa raison d'être dans tous les cas où la sûreté réelle sera elle-même inapplicable. Si le crédit réel est la règle du banquier ², il n'en demeure pas moins que — pour des motifs techniques — on devra souvent recourir au crédit

¹ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 171, n° 14 ; BECKER, ad art. 171, n° 2 et ad art. 492, n° 17 ; BECK, *op. cit.*, Introduction, nos 42 et 43 ; ATF 27 II 64 et 53 II 111.

² Cf. HAMMEL, *op. cit.*, vol. II, p. 369, et KADERLI, *Die Auswirkungen des neuen Bürgschaftsrechtes im Bankgeschäft*, dans *Finanz und Wirtschaft*, n° 112 du 1.10.1943.

personnel ¹. Par exemple, si le crédit est accordé à l'étranger, sans qu'il soit possible d'en assurer la couverture réelle par le moyen d'un transfert, l'unique solution consistera à obtenir la garantie personnelle d'un correspondant jouissant de la confiance ou d'un avoir suffisant au pays du créancier. Le crédit personnel interviendra de même si en couverture de paiement effectués par une banque pour le compte d'une société étrangère (accréditifs), des banques du pays d'origine sont chargées de bloquer les avoirs déposés chez elles (garantie réelle), et appelées, en outre, à prendre, sur cette base, un engagement personnel et solidaire, aussi bien pour le remboursement du crédit que pour les différences éventuelles de cours sur les sommes ou les titres déposés ; ou encore si ces banques sont appelées à prendre ce même engagement pour permettre une utilisation plus complète de la marge disponible sur la valeur des gages constitués (cas de l'hypothèque générale, prise sur l'ensemble des biens immobiliers à l'occasion d'un premier crédit, sans égard aux montants demandés). Au surplus, signalons les cas, fréquents dans les emprunts de caractère international, où des compagnies assument pour des sociétés affiliées la garantie du paiement en principal et intérêts ; ces garanties n'ont pas seulement pour but d'obtenir des conditions meilleures d'émission, mais elles dispensent aussi le débiteur de fournir lui-même des sûretés supplémentaires, telles que des hypothèques ². Remarquons enfin, sur le plan interne qu'une banque, à l'occasion d'un crédit, peut être amenée à dégrever un gage précédemment constitué pour le faire remplacer par une simple garantie personnelle ; elle s'y prêtera dans l'intérêt de son client ou dans son propre intérêt, soit que la garantie personnelle ait été jugée plus avantageuse par les parties, soit qu'elle paraisse mieux adaptée aux cir-

¹ C'est ainsi que le droit allemand (§ 232 BGB), par ex. prescrit des sûretés réelles, et n'admet des sûretés personnelles qu'à titre subsidiaire, s'il n'en peut être fourni de réelles (VON TUHR partie générale du CO, p. 120, note 14).

² Cf. M. DOMKE, *Les garanties de tiers dans les emprunts internationaux*, p. 5.

constances ¹. Dans tous ces cas, nous voyons qu'en dépit d'une certaine gradation dans les termes du crédit et de la priorité normalement accordée aux sûretés réelles, l'emploi formel de la sûreté personnelle peut s'imposer parfois comme une exigence des faits, et même s'imposer avec tant de rigueur que cette garantie supplantera entièrement l'autre dans son application. Certes, l'absence relative de risques dans une opération, ou la situation personnelle d'un client, peuvent constituer également d'excellents motifs pour un abandon des règles traditionnelles du banquier. On le verra tout particulièrement dans les opérations des banques où le crédit se trouve lié à une opération financière ou commerciale permettant d'en assurer le remboursement : le rapport étroit qui existe alors entre le crédit bancaire et l'opération commerciale justifiera, le cas échéant, l'application sans réserve des sûretés personnelles. Cette situation se produira précisément dans tous les « découverts » en compte courant ² autorisés habituellement par les banques, pour faciliter le renouvellement de stocks de marchandises (opérations dites de financement) ³ ou pour surmonter des époques de pointe (crédit saisonnier) ou encore pour aider une société à réaliser une opération financière (émission de titres). La même situation se retrouvera, en outre, dans un certain nombre d'opérations de crédit à très court terme, telles que les « facilités de caisses »

¹ Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral nous donne l'exemple d'un cas très intéressant : Arrêt du 22.1.1946, S.A. Produits Cira c. Ruttimann dans ATF 72 II 67 (*JdT*, 1947, p. 117). Voici l'essentiel des faits : une femme mariée remet à une banque une cédule hypothécaire en garantie d'un crédit ouvert à une S.A., dont le mari est l'unique actionnaire. Le titre est cédé à titre fiduciaire à un tiers (subrogation de ce tiers) en vue de le dégager et de le soustraire ainsi à une poursuite en réalisation de gage. — Dans ses considérants, le Tribunal fédéral observe que « la banque, bien que garantie par le nantissement de la cédule hypothécaire, n'avait pas l'obligation légale de poursuivre la débitrice par la voie de la réalisation du gage ». Le créancier-gagiste peut parfaitement bien renoncer à la poursuite en réalisation du gage, à condition de renoncer au droit de gage lui-même et de restituer les objets grevés. C'est ce qu'aurait pu faire ici la banque elle-même si, au lieu d'être désintéressée par le défendeur, elle avait accepté des garanties personnelles en remplacement de son gage.

² En anglais, l'expression consacrée est caractéristique : « overdraft ».

³ Au crédit correspond alors un accroissement d'actifs.

ou les « crédits de courrier », accordés par les banques en vue d'une assistance de trésorerie immédiate à un client ou sous forme d'avance temporaire à un correspondant d'une autre place. Dans toute ces éventualités, si l'appui d'une sûreté réelle ne se justifie plus comme tel, rien ne s'opposer en revanche à ce qu'on envisage régulièrement l'apport d'une garantie personnelle. Peut-être même convient-il d'admettre que le crédit prendra ici une tournure personnelle, plus particulièrement en raison de certains facteurs décisifs pour sa mise en œuvre, tels que la rapidité, la mobilité, et même une certaine liberté dans le comportement des parties, tous éléments incompatibles avec une sûreté réelle. On le constatera spécialement à l'occasion du transfert de la possession de l'objet du gage, qui est rigoureusement obligatoire d'après l'art. 884 al. 3 CCS, et qui peut parfois représenter un obstacle insurmontable à l'application des sûretés réelles ¹.

En effet, on ne saurait sans dommage priver un producteur ou un commerçant de ses moyens d'action vitaux, essentiels, alors que l'hypothèse mobilière n'est pas encore du domaine des réalités ! Ce défaut de spécialisation ou l'impossibilité de spécialisation du gage, amèneront souvent le créancier à réclamer des sûretés personnelles, en lieu et place des sûretés réelles, et c'est là encore un cas méritant d'être signalé ². D'une manière générale, et en résumé, on peut dire qu'en dehors des quelques opérations déjà indiquées, la sûreté personnelle sera surtout en honneur dans le commerce et aura sa raison d'être spécialement pour les petits crédits aux petites sociétés ³. Dettes soumises à un terme assez court, ou dettes sujettes à variation, telles sont les données d'application les plus conformes à sa nature et celles qui répondent le mieux à ses tendances. En

¹ Cf. KADERLI, même référence, citée à la page 133, note 2, ci-dessus.

² La législation du crédit aux Etats-Unis tendait précisément à ce résultat : il ne faut pas que le poids de la dette grève l'activité du débiteur, et pour lui donner le maximum de chances, il faut qu'il ait la libre disposition de son patrimoine (cf. LESTAPIS, *op. cit.*, p. 180).

³ Cf. AESCHLIMANN, *op. cit.*, p. 61 et KOCH, *Banken und Bankgeschäfte*, p. 107.

somme (et nous le voyons bien ici), *la sûreté personnelle apparaît avant tout comme une garantie qui doit pouvoir être donnée facilement.*

Que la sûreté personnelle, d'autre part, présente des avantages, c'est indéniable : elle peut même sembler la garantie idéale, puisqu'il est de son pouvoir de procurer au créancier un gage double, par l'adjonction d'un second patrimoine au premier, et cela sans diminuer aucunement le gage des autres créanciers. Mais tout en parvenant ainsi au résultat appréciable d'augmenter les chances de paiement — autrement dit d'atteindre au but même de la protection du crédit — la sûreté personnelle ne modifie aucunement, en qualité et en substance, les droits du créancier qui resteront ceux d'un simple créancier chirographaire. Or, c'est bien là le fait essentiel : de ce qu'une créance existe il ne résulte pas qu'elle sera payée, et de ce que cette même créance est garantie par un tiers, il ne résulte pas davantage que ce tiers, mis en cause, sera en mesure de s'exécuter en lieu et place du débiteur. On pourrait être tenté de dire, à la vérité, que le cautionnement (ou toute autre sûreté de son espèce) engageant la personne, engage tout un patrimoine, et par conséquent, semble être une garantie beaucoup plus large, beaucoup plus générale que la sûreté réelle. Mais ce n'est là que l'apparence. Il n'en demeure pas moins que le créancier ne dispose que de droits sur l'ensemble du patrimoine de la caution et qu'aucun bien ne lui est réservé en propre pour sa créance. A l'encontre, donc, de ce qui se passe pour la sûreté réelle, le gage du créancier chirographaire ne sera jamais un bien spécialisé, mais toujours un gage indéterminé, et cette situation ne manquera pas de se traduire chez lui par une certaine faiblesse. Faiblesse caractéristique, d'ailleurs, dans le cas de la faillite simultanée d'une société et de son administrateur-caution¹, puisque le créancier chirographaire, contrairement au créancier-gagiste, ne jouira alors d'aucun privilège quelconque

¹ Cas de la société en nom collectif (cf. art. 568 al. 3 CO) ; comparer à ce sujet les art. 218 et 219 LP.

sur les autres créanciers. Faiblesse aggravée, d'autre part, dans le cas du cautionnement, puisque les bénéfices de discussion et de division accordés à la caution au détriment du créancier réduiront sensiblement l'efficacité de ce moyen de crédit. Faiblesse corrigée, enfin, dans une certaine mesure, par la solidarité (mais insuffisamment dans la conception nouvelle), puisqu'elle est sensée supprimer radicalement la discussion et la division de la dette, pour placer le débiteur et sa caution sur un même pied et permettre ainsi au créancier — tout en restant créancier à gage indéterminé — de posséder au moins tous les droits d'un créancier chirographaire sur un patrimoine plus étendu. Néanmoins, cette insuffisance inhérente à toutes les sûretés personnelles peut s'effacer devant d'autres avantages, dont celui en particulier de permettre à la garantie personnelle de s'adapter mieux que la garantie réelle aux fluctuations économiques. La garantie personnelle, en effet, ne sera jamais liée à une valeur intrinsèque, fixe, constante, comme l'est l'objet du gage, valeur qui peut se révéler en certaines périodes (et malgré la marge constituée), nettement déficitaire par rapport à l'ensemble de la dette. Et pourtant, il faut se l'avouer, ce facteur peut se présenter parfois sous des aspects moins encourageants : il est clair que la situation personnelle d'une caution peut être sujette à de si profondes modifications dans le temps, qu'il n'est jamais exclu que les droits du créancier ne se trouvent, un jour, subitement menacés, voire définitivement compromis ¹. Cependant, *pour nous l'avantage principal de la sûreté personnelle, demeure que cette garantie peut faciliter grandement la réalisation d'un crédit*. Non seulement le crédit, appuyé par une garantie personnelle, sera en principe plus facile à conclure qu'un autre, mais encore et surtout son remboursement sera assuré dans des conditions bien plus avantageuses. Et c'est là un point qui nous intéresse tout spécialement : loin de devoir suivre une procédure longue et dispendieuse pour la réalisation des gages, le banquier pourra chaque fois, avec la plus entière liberté, rechercher,

¹ Cf. КОЧН, *Banken und Bankgeschäfte*, p. 103.

à sa guise, le garant solidaire. Sans doute, l'expérience prouve-t-elle que la sûreté personnelle peut faire courir au banquier de réels dangers : actes de cautionnements signés successivement par une même personne et chez divers créanciers pour des montants considérables, dépassant dix ou vingt fois le chiffre de sa propre fortune ; avals donnés sur des effets à trois mois, mais renouvelables, et pouvant atteindre ainsi à des durées exorbitantes ; dépassements de crédits, constatés le plus souvent sur des crédits qui sont garantis précisément par des cautionnements, etc., etc... Mais certes, il s'agit là plutôt de véritables abus, contre lesquels le banquier n'est pas entièrement désarmé. Désireux de faciliter dans une large mesure l'application du crédit personnel, tout en renforçant sa propre sécurité, le banquier s'est efforcé d'y remédier lui-même, en adoptant certaines règles ou en se soumettant à certains usages sur le plan professionnel ¹. De plus, lorsque trop d'incertitudes pèseront encore sur la personne pressentie comme caution, ou lorsque les formalités à accomplir se révéleront par trop gênantes, il s'avisera de supprimer totalement cette garantie, pour octroyer de préférence son crédit « en blanc ». Mais de cet ensemble de faits, nous devons surtout retenir cet axiome — autour duquel gravite toute la théorie de la garantie personnelle — que *la garantie ne vaut jamais que ce que vaut la caution, ou plus exactement, ce que vaut le droit du créancier contre la caution*. C'est sous les

¹ On peut en citer de nombreux exemples. C'est ainsi que le banquier se fixera tout d'abord comme principe de maintenir la valeur des sûretés constituées dans un rapport constant avec le montant du crédit demandé, en veillant chaque fois à obtenir des sûretés complémentaires en cas de diminution de la valeur des garanties existantes ou d'augmentation du crédit accordé. D'autre part, il se fera un devoir de suivre de près la marche des affaires du débiteur et de la caution pour être à même d'intervenir en toute occasion. Faute de disposer de « registres des cautions » officiels, il prendra lui-même l'habitude de dresser des listes de contrôle, comme on en trouve dans les grands établissements de crédit. Pour parer d'autre part aux suites légales peu favorables que prévoit le code pour les cautionnements du défunt (CCS art. 591), il se réservera d'exiger, dans ce cas, l'apport immédiat de nouveaux cautionnements à peine de dénonciation du crédit. Enfin, il acceptera parfois des cautionnements, non pas comme moyens de garantie, mais pour l'intérêt qu'il aura à s'adjoindre sur place un co-responsable prêt à conseiller et à aider le débiteur dans la gestion de ses affaires.

termes nuancés de cette formule générale que nous apparaît le mieux le véritable caractère de la garantie et que nous pouvons déceler ses extrêmes limites. Mais si tout dépend en définitive de la valeur caution, nous devons nous demander comment l'apprécier ? Les points de vue varient peu à cet égard dans la pratique. Les critères qui retiendront le plus souvent l'attention du banquier seront essentiellement la réputation et le « standing » du garant, la confiance qu'il inspire sous le triple rapport du capital, du revenu et du gain (ou disons : sa surface financière), le compte en banque qu'il peut avoir chez son créancier, les capacités qui lui seront connues comme chef d'entreprise, éventuellement le crédit de la maison, représenté par son chef. Ainsi, nous sommes amenés à constater finalement, qu'en matière de crédit personnel, la valeur objective de la garantie sera toujours rigoureusement dépendante des deux impératifs suivants :

1. Validité de la forme de la garantie.
2. Honorabilité et solvabilité personnelle et permanente des garants.

C'est dire que le crédit personnel est d'un maniement délicat, qu'il exige de la part du banquier une connaissance approfondie des hommes et des affaires, qu'il impose une surveillance continue tant de la caution que du débiteur, qu'il oblige enfin à armer puissamment le créancier pour obtenir à la date convenue le remboursement du crédit. Dans une société où, de nos jours, les relations personnelles entre créancier et caution sont fréquentes, il est certain que la sûreté personnelle manifeste une insuffisance très nette, si elle n'est pas soutenue, tant sur le plan du droit de procédure que sur le plan du droit civil, par des mesures législatives appropriées.

CHAPITRE X

LE CAUTIONNEMENT DEPUIS LA REVISION

Si l'on remonte dans la tradition du cautionnement jusqu'au droit romain, on mesurera mieux toute l'importance prise par cette garantie à travers les différents pays. Et l'on verra clairement que jusque dans les législations les plus récentes, le cautionnement a toujours tenu une place à part parmi les sûretés personnelles, de même qu'il n'a jamais cessé d'exercer une influence profonde sur toutes les institutions voisines ou apparentées du droit. Nul doute que les initiatives prises par le législateur à son endroit n'aient eu une résonance particulière pour l'ensemble des garanties personnelles. A la fois prototype et critère, le cautionnement s'est le plus souvent révélé comme la pierre d'angle de l'institution ; c'est lui qui a donné le ton aux autres instruments de crédit, et c'est lui qui en a généralement déterminé l'application. En effet lorsqu'il est favorable au crédit, le cautionnement s'adapte facilement à toutes les situations, et s'il se suffit à lui-même, il a d'autant plus de chances de satisfaire à toutes les conditions économiques d'une garantie. Lorsqu'il se révèle au contraire incapable de subvenir aux exigences pratiques des banques, il les contraint à recourir à d'autres formes de sûretés, plus conformes à leur genre d'opérations et surtout mieux adaptées à leurs besoins. De cette double observation découle toute une série de conséquences pour le crédit, dont les plus importantes exerceront leur influence jusque sur le plan juridique ; c'est précisément ce qu'il nous importe de voir dans ce chapitre de notre étude.

I. LA REVISION

Le cautionnement était primitivement réglé en Suisse par le Code fédéral des obligations de 1881, puis, dans sa plus récente version, par le code révisé de 1911. La dernière phase de son évolution a été marquée par l'introduction de la Loi fédérale du 10 décembre 1941.

Le législateur s'était alors donné pour tâche de régir le cautionnement sur des bases entièrement nouvelles. Par de profondes réformes de structure, il n'hésita pas à modifier l'économie même de la loi et à bouleverser les formes classiques de l'engagement de la caution. Dépouillant le cautionnement de plusieurs de ses attributs essentiels, il s'ingénia au surplus à restreindre le nombre de ses applications. Mais en changeant la portée et le sens de l'institution, la révision dépassait son but et rendait le cautionnement le plus souvent inefficace, voire impropre à jouer son rôle normal dans la garantie des crédits ; c'était inciter les banques à résoudre par d'autres voies que celles du cautionnement les problèmes de leur cru particulier.

Sans chercher à refaire ici l'historique des travaux qui ont présidé à l'élaboration de la loi et qui ont porté sur neuf années d'étude, nous devons néanmoins rappeler le conflit de tendances qui est à la base d'un grand nombre des décisions prises par les experts. Alors que toute la question de la revision du cautionnement avait été soulevée en raison des nombreux abus auxquels avait donné lieu son application, il apparut bien vite aux intéressés que le seul moyen, susceptible à la rigueur de redresser la situation, était de renforcer la protection de la caution. L'idée même n'en était pas nouvelle. Bien avant la revision, des voix autorisées s'étaient élevées pour condamner l'application faite trop fréquemment par les banques de formules-types de cautionnement¹ ; d'autres observateurs avaient en même temps

¹ Certains auteurs ne prétendaient voir dans les formules des banques que des moyens de contrainte diaboliques et tortionnaires, créés à seule fin de leur permettre d'étendre encore leur pouvoir (cf. Protocole des travaux de la 70^e Journée suisse des Juristes, 1935, rapports présentés

demandé *de lege ferenda* qu'on entrave, ou même qu'on supprime totalement dans la pratique, cette forme de garantie. Les promoteurs de la réforme cherchaient ainsi, non seulement à atteindre les banques dans leurs droits les plus stricts, en les empêchant de rompre systématiquement l'équilibre normal des conventions, mais tentaient encore de remédier à la coupable légèreté trop souvent manifestée dans un large public à l'égard du cautionnement. A la veille de la révision une grande partie de la doctrine considérait donc cette faillite du cautionnement comme dépendant de causes essentiellement psychologiques. Et la conviction s'établit en de larges milieux que l'éventuel danger du cautionnement (si danger il y avait !) résidait dans le fait que la caution ne s'engageait pas pour une prestation directe ou immédiate, mais qu'elle souscrivait simplement à une obligation future, hypothétique. La voie du législateur lui était donc tout ouverte : il ne lui restait plus qu'à trouver, dans cet esprit, les mesures les plus propres à assurer le succès des réformes envisagées.

Comprenant que pour mieux protéger la caution, le meilleur moyen était de soustraire le plus de droits à l'autorité ou au contrôle directs du créancier — c'est-à-dire, en droit positif, d'édicter des règles de fond valables dans tous les cas, et surtout valables indépendamment de la volonté des parties — le législateur se fixa tout d'abord deux objectifs principaux :

- *d'une part, aggraver les prescriptions de forme obligatoires pour la souscription des cautionnements* (mesures de protection internes) ¹ ;
- *d'autre part, améliorer la situation juridique de la caution à l'égard du créancier* (mesures de protection externes).

sur la révision du cautionnement ; cf. aussi ci-dessous, dans ce même chapitre, p. 154, note 1, et KADERLI, *Finanz & Wirtschaft*, n° 112 du 1.10.1943).

¹ On sait que les prescriptions de forme existent dans le code comme une des conditions mêmes de validité du cautionnement (CO art. 493 al. 1).

Face à ce double but, le législateur allait pourtant se heurter à des difficultés considérables. Comment en effet y parvenir sans léser outre mesure les droits légitimes du créancier ? Comment logiquement trouver un compromis entre les nécessités de la vie économique d'une part, qui tendent à assurer aux parties la plus large liberté contractuelle, et le besoin de protéger l'individu d'autre part, contre sa propre insouciance ou contre les sollicitations importunes des gens ¹ ? Toute la question était dans ce dilemme ; le législateur, bridé par des intérêts contraires, devait néanmoins en trouver la solution. En une suite variée de combinaisons multiples et de dosages compliqués, il réussit à atteindre chacun de ses buts principaux dans la loi. Nous montrerons successivement dans ce chapitre comment un certain nombre d'initiatives intéressantes ont été prises, et quels ont été les résultats obtenus par la revision.

A. Données générales

1. *Substitution au système du droit dispositif d'un régime impératif entièrement nouveau.*

Cette mesure a porté la plus grave atteinte au principe de la liberté des contrats, et l'on peut dire qu'elle a pris sur le terrain du droit privé une apparence révolutionnaire. Le législateur ne résolut pas seulement, en effet, de soumettre tout le chapitre du cautionnement à l'application de cette règle, mais il s'efforça de restreindre encore le nombre de ses exceptions. C'était du

¹ Cf. DUPERREX, *Cautionnement et Crédit, Sem. Jud.*, 1942, p. 82. On trouve de nombreux exemples de compromis semblables dans le droit des obligations. En dérogeant au principe de la liberté des contrats, ces dispositions permettent d'atteindre à une meilleure protection des droits de l'individu (par ex. obligation de se soumettre à certaines prescriptions de forme pour le transfert des biens immobiliers ou pour la constitution des sociétés nouvelles ; responsabilité restreinte des mineurs et des incapables, etc.) ; mais, nulle part ailleurs, ces principes contradictoires ne s'étaient heurtés avec autant de vigueur que dans le cautionnement.

même coup, soustraire toute la formation du rapport juridique à la libre appréciation des parties ¹.

2. *Accentuation des diverses exigences de forme emportant aggravation générale des conditions d'engagement de la caution.*

Les règles applicables à la forme proprement dite du cautionnement ont fait en même temps dans la loi l'objet d'une revision approfondie. En plus de l'exigence nouvelle du consentement du conjoint pour la conclusion des actes de cautionnement des personnes non inscrites au registre du commerce, les dispositions du code ont été complétées par l'adjonction d'une clause spéciale réglant les cas de modification *a posteriori* des cautionnements. Enfin une disposition nouvelle a été ajoutée à ces règles, dans le but de limiter, en tout état, l'engagement d'une caution à un montant maximum à indiquer dans l'acte (CO art. 499 al. 1) ².

¹ C'est l'art. 492 al. 4 CO, comme disposition de portée générale, qui a soumis le cautionnement dans son ensemble au droit impératif. Le principe résulte de la combinaison de cette disposition avec celle de l'art. 20, al. 2 CO. Les règles réservées par le législateur, et qui sont encore aujourd'hui susceptibles d'être modifiées conventionnellement, sont les suivantes : CO 495 ; 496 al. 2 ; 497 al. 2, avant-dernière phrase ; 497 al. 4, deuxième phrase ; 499 al. 2 et 3 ; 500 al. 1^{re} phrase ; 501 al. 4 ; 507 al. 2 ; 512.

² Les dispositions applicables ici sont les suivantes : forme écrite, CO 493 al. 1 et 3 ; forme authentique, 493 al. 2 ; forme partiellement olographe, 493, al. 2 ; fractionnement de la somme cautionnée, 493 al. 4 ; procuration et promesse de cautionner, 493, al. 6 ; consentement à une reprise de la dette, 493 al. 5 ; indication numérique du montant maximum de l'engagement, 493 al. 1 et 3 ; consentement du conjoint, 494 al. 1 à 3 ; consentement de l'autorité tutélaire, 494 al. 4 ; modification *a posteriori* d'un cautionnement, 493 al. 5 et 494 al. 3 ; montant total de l'engagement, 499 al. 1. On notera, à propos du consentement du conjoint, que cette règle — introduite par les Chambres fédérales à une faible majorité — ne se concilie pas avec les principes généraux du droit. C'est un nouvel exemple d'une de ces dispositions qui rompent la bonne harmonie du code. Comment concevoir en effet que l'on requiert de la femme mariée son consentement personnel pour tous les cautionnements souscrits par son mari (CO art. 494 al. 1), alors qu'ailleurs, on estime qu'elle a elle-même besoin de l'approbation des autorités de tutelles si elle veut cautionner son époux (CCS art. 177 al. 3) ? La contradiction dans les termes est flagrante.

3. *Atténuation de la responsabilité de la caution et singulièrement de celle de la caution solidaire.*

Véritable cheval de bataille des artisans de la revision, cet amendement a été retenu par le législateur en dépit des objections mêmes qu'il devait soulever. Il a tout d'abord été prévu dans le nouveau droit que le créancier serait chaque fois tenu de sommer le débiteur principal avant la caution, même si celle-ci était une caution solidaire ; puis, dans le cas du cautionnement conjoint, que le créancier serait obligé d'intenter des poursuites contre toutes les cautions solidaires à la fois (au lieu de pouvoir, comme précédemment, rechercher seulement l'une d'entre elles pour la somme entière). En outre, il a été prévu que la garantie de la caution serait, sauf convention contraire, limitée aux seules obligations existantes lors de l'établissement du cautionnement ¹.

4. *Introduction de devoirs nouveaux de diligence et d'information à la charge du créancier.*

La revision allait encore permettre au législateur d'aggraver et de préciser les devoirs de diligence mis à la charge du créancier par l'ancien droit, de le compléter d'obligations nouvelles et de le renforcer par des sanctions applicables en cas de défaillance. Dans cet ordre d'idées, la loi révisée fait un devoir au créancier de renseigner la caution en tout temps et à première demande sur la position de la dette, et de l'aviser en cas de retard dans le paiement. Elle précise aussi les devoirs du créancier en cas de faillite ou de concordat, et l'oblige encore à exercer une surveillance spéciale sur le débiteur dans le cas de cautionnements

¹ Les dispositions applicables ici sont les suivantes : responsabilité de la caution simple, CO, 495 al. 1 à 3 ; responsabilité de la caution solidaire, 496 al. 1 et 2 ; situation des cautions conjointes, 497 al. 1 et 2 ; cautionnements indépendants par plusieurs cautions, 497 al. 4 ; étendue de la responsabilité de la caution, 499 al. 1 à 3 ; réduction légale de la garantie, 500 al. 1 ; suspension de la poursuite par le juge, 501 al. 2 ; impossibilité de paiement du débiteur principal domicilié à l'étranger, 501 al. 4 ; acceptation d'un paiement partiel, 504 al. 1.

d'officiers publics et d'employés. Enfin elle donne des indications nouvelles sur les obligations qui incombent au créancier lorsqu'il existe, pour une même dette, également d'autres sûretés sous la forme de gage ou de droits de préférence ¹.

5. *Création de nouveaux cas d'extinction dans l'acte du cautionnement.*

Les articles que le code consacre à la « Fin du cautionnement » ont été modifiés, de leur côté, par l'adjonction de deux nouvelles clauses d'extinction : l'une prévoyant l'expiration légale de la garantie des personnes physiques au bout de vingt ans ; l'autre, attribuant à la caution un droit légal de révocation dans les cas expressément fixés par la loi. Le législateur a prévu, en outre, à l'art. 500 CO, une réduction légale annuelle de la garantie (qui n'est que de droit dispositif) pour tous les cautionnements des personnes physiques ; enfin l'art. 504 al. 1 fixe l'obligation pour le créancier d'accepter un paiement (qui peut être même partiel) lorsque la dette est garantie simultanément par plusieurs cautions (mais cela, à la condition formelle que « ce paiement représente au moins la part afférente à la caution qui l'offre ») ².

¹ Les dispositions applicables sont les suivantes : devoir de diligence, remise des gages et des titres, CO, 503 al. 1 à 4 ; avis du créancier, intervention dans la faillite du débiteur, 505 al. 1 à 3. On pourrait se demander si, conformément à l'art. 100 CO, un créancier n'aurait pas le droit d'exclure par avance sa responsabilité pour faute légère, pour le cas où il manquerait à son devoir de diligence ou d'information ; mais ce point de vue n'est pas soutenable, parce que sa responsabilité est de nature nettement causale. Toute la notion du « devoir d'information des banques » devra d'ailleurs toujours s'interpréter selon les règles de la bonne foi (cf. spécialement, CO art. 503 al. 3, et 505 al. 1).

² Les dispositions applicables ici sont les suivantes : fin légale du cautionnement, CO, 509 al. 1 à 6 ; révocation du cautionnement, 510 al. 1 ; obligation du créancier de poursuivre juridiquement l'exécution de ses droits et de réaliser ses gages, 511 al. 1 à 3 ; reprise de dette par un tiers 493 al. 5 ; cautionnement conjoint par plusieurs cautions, 497 al. 3 ; violation des devoirs de diligence et de remise des gages, 503 al. 3 ; refus d'accepter le paiement, 504 al. 2 ; réduction légale de la garantie, 500 ; paiement partiel de la caution, 504 al. 1 (renvoyant à CO, art. 69 al. 1 ; cf. sur ce point, von THUR, Partie générale du CO, pp. 418 et 704).

La disposition de l'art. 510 al. 1, par laquelle la caution est autorisée à révoquer son cautionnement prend une signification particulière pour

B. Données spéciales

A côté des grands principes de la revision précédemment envisagés, nous devons mentionner encore quelques modifications qui ont complété sur certains points les réformes introduites dans la loi.

1. *Le législateur a tout d'abord élargi le champ d'application de l'art. 492 al. 3 CO, en y englobant le cas de prescrite.*

On sait que cette disposition s'appliquait primitivement aux seuls cautionnements donnés pour des dettes « qui n'obligent pas le débiteur par suite d'incapacité ou d'erreur ». La loi prévoit, dans ces éventualités que le garant, au lieu de répondre de son obligation d'après les dispositions du porte-fort, en est tenu « d'après les principes applicables en matière de cautionnement ». C'est là une exception très importante à la règle, une nouvelle distinction à faire à la limite de ces deux formes de garantie ¹.

2. *Le législateur a reconnu en outre au juge le droit de suspendre les poursuites intentées contre la caution, quelle que soit la nature de son engagement.*

A la seule condition que la caution fournisse des sûretés réelles, la poursuite pourra être suspendue jusqu'à la réalisation

les banques dans tous les cas de cautionnements de crédits ouverts en compte courant, notamment en matière de crédits de construction. On ne saurait admettre alors que la caution puisse révoquer son engagement pour la partie du crédit encore non utilisée, puisque ce serait rendre pratiquement impossible l'utilisation de cette garantie pour ce genre de crédits. On donnera donc à l'art. 510 al. 1 une interprétation restrictive, en considérant que le droit de révocation de la caution ne peut exister, en matière de crédits en compte courant, que tant que le rapport commercial n'a pas encore été établi.

¹ CO art. 492 al. 3. La disposition de l'art. 492 al. 3, s'applique donc en tout état, et sans qu'on ait à se demander si la garantie a été contractée par les parties comme un « cautionnement » ou un « porte-fort » ; mais son application ne s'étendra, dans tous les cas, ni au dol ni à la crainte fondée, ni à la dette du jeu ou du pari (cf. BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, ad art. 492, n^{os} 124, 130 et 131).

complète des gages, et jusqu'à ce qu'un concordat ait été consenti au débiteur principal ou qu'un acte de défaut de biens définitif ait été dressé contre lui ¹.

3. *Aux termes de l'art. 502 al. 2 du nouveau droit, si le débiteur renonce à une exception qui lui appartient, la caution peut néanmoins l'opposer au créancier.*

Cette disposition généralise la règle énoncée par l'art. 141 al. 3 pour le cas particulier de l'exception de prescription. Elle revient pratiquement, sinon à limiter le droit de disposition du débiteur, du moins à en restreindre les effets. Il est juste d'ajouter que ce principe était déjà admis dans toute sa généralité, avant la revision, par la doctrine et la jurisprudence. En matière d'exceptions, on rappellera, d'autre part, la prescription nouvelle de l'art. 501 al. 4 CO (de droit dispositif), qui prévoit désormais qu'une caution domiciliée en Suisse pourra invoquer à son profit l'impossibilité totale ou partielle de payer, dans laquelle se trouve un débiteur à l'étranger, en raison des prescriptions en vigueur dans son pays ².

4. *A l'occasion de la revision, le législateur a entrepris de donner encore une solution définitive au problème du concours des sûretés personnelles et réelles.*

Il a largement tenu compte alors de l'évolution générale, tendant de nos jours à une utilisation toujours plus fréquente dans le commerce d'assortiments de sûretés, provenant de la combinaison de plusieurs garanties sur une même créance. Si l'on voulait tenter de résumer en une seule formule la tendance de la loi à cet égard, on pourrait dire qu'elle vise à protéger la

¹ CO art. 501 al. 2, et par référence, CO art. 495 al. 2, et LP art. 149, 265, 305 et ss. Cette disposition de droit impératif représente aujourd'hui un lourd handicap pour la liquidation rapide et complète par les banques de tous leurs crédits contre cautionnements.

² CO art. 502 al. 2 (et cf. ci-dessus, dans ce même chapitre, p. 144, 1^o ; CO art. 501 al. 4 (et par référence, cf. CO art. 68 ss.).

caution en favorisant dans toute la mesure du possible la réalisation des gages plutôt que l'exécution des droits du créancier contre la caution, lorsque ces deux formes de sûretés coexistent ¹.

5. *La revision a permis, enfin, d'harmoniser divers articles du code avec les dispositions de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.*

Le législateur a prévu notamment que le créancier pourrait, à l'avenir, réclamer d'une caution simple le paiement de la dette aussi bien « lorsque le débiteur aura obtenu un sursis concordataire » que « lorsqu'il aura été déclaré en faillite » (CO art. 495) ; de plus, il est stipulé que dans ces deux mêmes éventualités, le créancier sera tenu, non plus seulement, comme jusqu'ici, « de produire sa créance », mais encore « de faire tout ce qui peut être exigé de lui pour sauvegarder les droits » (CO art. 505) ².

* * *

S'il nous est impossible de nous livrer, dans le cadre de ce travail, à une exégèse complète et détaillée des multiples innovations introduites à la revision, nous pouvons renvoyer utilement, en revanche aux différents travaux préliminaires et aux principaux comptes rendus publiés en la matière ³. On y recueillera non seulement des indications indispensables sur

¹ Cf. en particulier CO art. 495 al. 2, 496 al. 1 et 2, 501 al. 2, 503, 507, 509 et 511.

² CO art. 495 al. 1 et 505 al. 2, et par référence, LP art. 295 et ss., et 232, ch. 2. Rappelons, à propos de la première de ces dispositions (CO 495 al. 1), que dans le cas de concordat, et d'après l'art. 303 LP, le créancier qui n'adhère pas à la convention conservera sans autre tous ses droits contre le co-obligés (cautions et garants) du débiteur ; il en ira de même, d'ailleurs, pour le créancier, alors que ce dernier aura adhéré au concordat, mais à la condition qu'il en ait alors préalablement avisé la caution, et qu'en même temps il lui ait offert de lui céder sa créance contre paiement.

³ *Message vingtième* (FF du 12.1939, vol. II, pp. 857 ss.). *Circulaires de l'Association suisse des Banquiers* du 10.4.42 (n° 902) et du 30.5.1942 (n° 916). Article de DUPERREX, déjà cité, dans la *Sem. Jud.*, 1942, pp. 84 ss.

le fonctionnement du cautionnement dans sa conception la plus récente, ou des données exactes sur les sources auxquelles on a puisé, mais surtout on y retrouvera le reflet des spéculations qui ont entraîné chaque fois le législateur.

Parmi les solutions qu'il a retenues, les plus probantes, sans doute, sont celles qui ont été directement inspirées par la jurisprudence : éprouvées par les faits, elles représentent en général le gain le plus sensible sur le passé ¹. Mais prises dans leur ensemble, ces innovations sont loin d'avoir eu toujours la même signification ; tandis que les plus marquantes ont porté avant tout sur la conclusion de l'acte de la caution, la réglementation des effets de ce contrat ne devait subir que des modifications beaucoup moins importantes ². Pour les banques, cependant, on considère d'habitude que ce sont les changements apportés sur le fond du cautionnement solidaire qui les ont le plus touchées ; car rien ne devait nuire autant à la cause du crédit qu'un affaiblissement de la solidarité dans cette garantie. En stipulant que la caution solidaire ne saurait plus être recherchée, en principe, qu'après la réalisation des gages mobiliers, et plus encore, en prévoyant que la caution pourrait à l'avenir s'opposer aux poursuites du créancier par la simple remise de sûretés réelles ³, le législateur devait enlever au cautionnement solidaire la plus grande partie de sa valeur. La même remarque s'applique, d'ailleurs, au cautionnement « conjoint » solidaire ; car, en autorisant la caution à refuser de payer au créancier plus que sa part, aussi longtemps que des poursuites n'auront pas été engagées contre toutes les autres cautions simultanément ⁴, le législateur devait, là encore, fausser le jeu normal de cette situation.

Mais à cette seule constatation, déjà capitale pour les banques, de la dégradation du cautionnement solidaire, nous

¹ Cf. *Message* dans *FF*, 1939, vol. II, p. 916 ; et dans le cas particulier de l'art. 497 al. 4 CO (par ex.), p. 901.

² Cf. *Message*, *ibid.*, p. 866.

³ CO art. 496 al. 1 et 2, et CO art. 501 al. 2 ; cf. même chap.

⁴ CO art. 497 al. 2 ; cf. en outre, dans ce même chap., p. 146, 3^o.

devons ajouter encore toutes les complications qui sont nées pour elles, soit du droit de révocation de la caution, soit du devoir de diligence ou d'information du créancier, soit enfin de l'obligation du juge de suspendre sur demande les poursuites introduites contre le garant ¹. Toutes ces initiatives du législateur ont largement contribué à discréditer cette institution de garantie et à placer le plus souvent le banquier dans des situations difficiles et confuses au double point de vue de la liquidité de ses avoirs et de la sécurité de ses placements. Le crédit cautionné se trouve aujourd'hui trop fortement immobilisé dans la loi, et l'on doit souhaiter que les tribunaux n'éten- dent pas davantage encore par leur jurisprudence les droits de la caution. C'est à ce prix seulement que l'on empêchera la totale désaffectation du cautionnement ².

¹ Cf. CO art. 510 al. 1, et ci-dessus, p. 147, note 2, CO, art. 501 al. 2, et ci-dessus, pp. 148, § 2, et 149, note 1. Comme nous l'avons souligné précédemment, *le droit de révocation de la caution* affecte tout particulièrement les crédits des banques en comptes courants. Pour y remédier, les banques ont prévu généralement d'insérer dans le contrat d'ouverture de crédit une clause ad hoc leur permettant de suspendre avec effet immédiat tout nouveau paiement en cas de retrait de la caution ; en outre, si le cautionnement devenait nul et de nul effet après sa révocation, la caution pourrait être naturellement tenue de verser des dommages-intérêts au créancier de bonne foi. Quant *au devoir de diligence ou d'information*, il représente une charge très lourde pour les banques, parce qu'il comporte des risques nombreux d'inobservation, en principe sanctionnés par la perte de la créance contre la caution. De plus, cette obligation de renseigner en détail la caution sur la situation du débiteur est évidemment contraire aux exigences normales du crédit ; sans doute, s'agit-il là d'un moyen efficace de pression contre le débiteur ; mais il peut nuire au crédit lorsque la caution n'observe pas toute la discrétion voulue sur les communications qui lui ont été faites. En ce qui concerne la *suspension des poursuites contre la caution* enfin, cette prescription de droit impératif peut également porter un préjudice considérable aux banques, en provoquant des retards considérables dans la liquidation des crédits couverts par cautionnements. Il n'est pas rare, en effet, que les banques en soient réduites à poursuivre le débiteur principal pendant des années, et doivent même soutenir des procès contre lui, avant de pouvoir se retourner contre la caution.

² On sait quelle est l'importance économique du cautionnement en Suisse, puisque le montant total des crédits cautionnés est évalué de 2 à 3 milliards de francs. Sur ce total, on estime que dans le 6% des cas seulement, la caution est recherchée pour son engagement. Mais d'autre part, et d'après les statistiques de la Banque Nationale Suisse pour l'année 1944 (soit peu de temps après l'introduction du nouveau droit),

Mais à ces griefs particuliers des banques s'ajoutent les critiques formulées par la doctrine. Les auteurs ont principalement reproché la méthode empirique suivie par le législateur, de même qu'un certain défaut de cohésion dans la texture de la loi, enfin l'absence de toute construction théorique dans ses nouvelles dispositions. Techniquement parlant, le nouveau droit est mal travaillé ; en sorte qu'on ne saurait voir aujourd'hui dans cette partie du code qu'une compilation hybride et touffue, qui contraste singulièrement avec l'ordonnance claire et méthodique des anciennes dispositions. Il n'est pas douteux qu'une réglementation aussi étroite des rapports entre les parties ne fausse la réalité de cette institution et ne nuise à son entendement juridique : car en légiférant de cas en cas, on enlève au droit toute sa souplesse, et en tombant dans une casuistique fâcheuse, on n'obtient qu'une codification lourde et compliquée. Ainsi, ce que ce droit du cautionnement a peut-être gagné aujourd'hui en équité, il l'a certainement perdu en sécurité ¹.

Ce droit essentiellement juridique, hérissé de difficultés et meublé d'exceptions, n'est plus accessible au simple profane ; il n'est plus intelligible qu'au seul homme de loi. Sans parler des effets d'ordre financier qu'il en résulte ², il est évident que l'application de ces dispositions pose aujourd'hui des problèmes que beaucoup de gens ne sont plus à même de résoudre ³. L'in-

on a pu constater un fléchissement très sensible du nombre des « crédits et des prêts cautionnés », puisqu'il ne s'élevait plus pour les banques qu'à 261.815, faisant un total de 1369,3 millions de francs. De plus, en même temps qu'avait reculé le chiffre total des « débiteurs » en banque », le montant des « avances sur effet de change » avait augmenté. On peut se demander si ce n'est pas là justement le signe tangible de l'éviction d'une de ces formes de crédit par l'autre ?

¹ Cf. sur ce point une note du professeur CAVIN, dans *JdT*, 1945, p. 273.

² Consultations d'avocats, frais d'actes notariés, et souvent droits d'enregistrements perçus par l'Etat.

³ L'art. 504 CO en fournit un excellent exemple. On a vu, en effet (cf. ci-dessus, p. 150, note 3), que le législateur n'a pas hésité à déroger aux principes généraux du droit pour imposer au créancier l'obligation d'accepter un paiement même partiel, s'il est offert par la caution. (Cf. CO art. 504 al. 1, 2^e phrase, et comparer avec CO art. 69 al. 1 ; cf. aussi *Message* dans *FF*, 1939, 11, 908, ad art. 504 al. 3. On peut

interprétation elle-même en a beaucoup souffert et il faudra des années jusqu'à ce que ce droit prolix et mouvant soit figé par l'usage constant d'une longue pratique ¹.

Comme nous l'avons souligné d'emblée ², cette conception hétérodoxe du droit ne pouvait qu'aboutir à éloigner encore davantage du cautionnement ceux précisément qu'elle aurait dû en rapprocher. C'est ainsi qu'actuellement, nombre de banques ont décidé de se passer par principe de la garantie du cautionnement, et que certains débiteurs ont parfois — sous l'empire de ce nouveau droit — une peine infinie à trouver des cautions. Très tôt on s'est ingénié à porter remède à cette situation, et l'on en est arrivé à rechercher certaines compensations, soit en développant le système du cautionnement collectif ³, soit en recourant aux procédés les plus connus de la substitution

aussi voir dans cette incertitude du droit un des motifs pour lesquels les banques ont été amenées à établir des formules de cautionnement stéréotypées pour chacune de leurs garanties (cf. à ce sujet, ci-dessus, p. 142, note 1).

¹ Un exemple typique de ces divergences et de ces contradictions nous est donné par l'art. 494 al. 2 CO. On sait que cette disposition prévoit que certaines catégories de personnes, comme « les directeurs d'une société anonyme », peuvent être dispensées du consentement de leur conjoint pour la conclusion de leurs actes de cautionnements. Mais toutes les interprétations ont été données pour définir exactement la notion de « directeur d'une S.A. » ; elle ne coïncide pas avec le texte allemand, qui parle, lui, de « Mitglied der Geschäftsführung einer A.G. », ce qui peut impliquer, par conséquent aussi, les sous-directeurs, fondés de pouvoirs, gérants, etc.

² Cf. ci-dessus, dans ce même chap., aux pp. 142 et 143.

³ Le système du cautionnement collectif (ou cautionnement mutuel) s'est beaucoup développé en Suisse depuis la revision. Jusqu'alors, les caisses coopératives de cautionnement avaient limité généralement leur activité à la garantie des seules hypothèques en 2^e rang. Mais aujourd'hui, dans le petit commerce et l'artisanat, elles traitent à peu près n'importe quel genre d'affaires, pour des montants limités. C'est un moyen pratique de remédier à certaines difficultés du nouveau droit, le cautionnement collectif remplaçant alors avantageusement n'importe quel cautionnement individuel. Le système présente de gros avantages de simplification, soit en permettant l'emploi de la forme écrite, soit en plaçant un intermédiaire très utile entre les banques et leurs débiteurs, pour surveiller les formalités et l'utilisation du crédit. Les banques sont donc largement intéressées au développement du système des caisses de cautionnement collectif, et elles y ont même coopéré, où elles l'ont pu.

de garantie. Les banques elles-mêmes ont été contraintes de prendre certaines mesures sur le plan interne ; cette réorganisation allait leur permettre d'adapter leurs méthodes anciennes aux exigences nouvelles du code ¹.

II. LE CONTRAT

Ne pouvant nous livrer dans le cadre de cet exposé à un examen détaillé et approfondi du cautionnement, nous chercherons plutôt à en dégager les grandes lignes générales, à en discerner les principes constitutifs et à en souligner les caractères distinctifs. Tenant la technique du cautionnement pour connue ², nous laisserons de côté tout ce qui a trait aux formes d'engagement de ce contrat, à ses modalités d'application ou à ses causes d'extinction, pour nous consacrer uniquement à l'étude de sa véritable nature juridique.

¹ Des adaptations ont été nécessaires aussi bien dans le cadre des affaires hypothécaires des banques que dans leurs opérations en compte courant. Il a fallu, d'autre part, reviser les « conditions générales » et renouveler les contrats-types d'engagement. Dans son ouvrage *Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen* (Abhandlg. zum Schweiz. Recht, n° 187), GUT rend un compte très complet de diverses modifications imposées aux banques par la revision.

² Le contrat de cautionnement est régi en Suisse par les articles 492-512 du Code des obligations. De plus, il est réglé par quelques dispositions spéciales du CO aux art. 114, 116, 121, 135-136, 141, 178 ; du CCS aux art. 395, 408, 582, 591, 637 ; enfin de la LP aux art. 6, 129, 143, 149, 156, 215, 232, 259, 298, 303, 317. Nous renvoyons en tant que besoin aux ouvrages publiés en la matière, et tout particulièrement, pour le droit suisse, aux *Commentaires du CCS* de OSER-SCHÖNENBERGER, ad art. 492 ss. CO, et de BECKER ad art. 492 ss. CO. (Commentaire de Giovanoli), ainsi qu'aux traités de BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, et de GUHL, *Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz* ; pour la partie historique, nous renvoyons à GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts* (Tübingen, 1894), et pour le problème de la revision, à REIN, *Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweizerischen Recht* (Jéna, 1937) pour le droit comparé enfin, nous mentionnerons les travaux de BENKLER, *Der Schutz des Bürgen nach schweiz. Recht im Vergleich zum deutschen und französischen Recht* (thèse Bâle, 1935), WIDMER, *Die Bürgschaft im Konkurs* (thèse Bâle, 1935) et RIECK, *Die Bürgschaft in der Rechtssprechung des Reichsgerichts* (thèse Cologne, 1933).

Dans le droit des obligations, le cautionnement représente « le mode normal de garantir la prestation due par autrui ». Cette institution établit ainsi le lien entre les diverses sûretés personnelles : c'est elle qui servira de principe directeur aux autres institutions de garantie et c'est elle qui en constituera le principal élément.

Le cautionnement se trouve défini dans la loi comme « *le contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur* » (CO art. 492 al. 1). Comme l'ont maintes fois souligné les auteurs, c'est le but de l'institution qui est généralement déterminant pour sa qualification juridique¹. Deux termes principaux apparaissent ici dans cette définition : d'une part, le cautionnement y est donné comme la garantie d'un paiement ; d'autre part, ce paiement y est conçu comme la prestation d'un tiers².

Le cautionnement s'entend donc, tout d'abord, comme une *garantie d'exécution*³. Ce sera, en principe, l'institution idéale pour neutraliser les risques découlant de l'insolvabilité du débiteur ; autrement dit, le moyen pratique de se dédommager des pertes subies à l'occasion d'une inexécution. On peut dire que le cautionnement correspond donc à l'acte du droit, par lequel une partie s'engage à titre personnel envers un créancier en vue d'assurer la ponctualité d'une exécution ou la régularité d'un paiement ; ou si l'on veut, à l'acte par lequel un stipulant s'engage à prendre la dette d'un tiers sous

¹ Cf. spécialement VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 688. Le but essentiel d'un contrat est en pratique celui auquel aspirent subjectivement les parties au moment de la conclusion de l'acte. Ainsi, le but d'un cautionnement sera immédiatement reconnaissable, par ex. dans le cas d'une société qui en cautionne une autre (appartenant à un même groupe), à supposer que cette garantie soit donnée à raison des intérêts que la première détient dans la seconde.

² Cf. VON TUHR, *Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht* dans *SJZ*, vol. 19, 1923, p. 225 : « Der Zweck der Bürgschaft ist Sicherung des Gläubigers gegen Insolvenz des Schuldners ».

³ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 6.5.1911, Luginbühl c. Mützenberg (ATF 37 II 182).

sa propre responsabilité pour renforcer l'obligation ou consolider le crédit ¹.

Quant au second terme de notre définition, nous venons de voir que la garantie d'une caution s'appliquait essentiellement à la *prestation d'un tiers* (CO art. 492). C'est dire que trois sujets de droit se trouveront simultanément réunis autour de la même obligation. Mais deux d'entre eux seulement interviendront comme parties contractantes, le débiteur principal restant lui-même en dehors de la convention. L'engagement de la caution ne suppose aucune espèce de lien contractuel avec le débiteur principal ². On admet qu'en désintéressant le créancier, la caution ne s'acquitte pas de la dette du débiteur principal, mais qu'elle exécute sa propre dette ; ou plus exactement que, faute de paiement du débiteur à l'échéance, la caution sera tenue elle-même de procurer au créancier une prestation de remplacement, qui ne sera que la garantie due en vertu de son cautionnement ³.

Mais certains auteurs considèrent au contraire que la caution

¹ VON TUHR (Partie générale du CO, p. 688) s'exprime comme suit à ce sujet : « Si l'obligation du garant apparaît avant tout comme destinée à consolider le crédit du débiteur en procurant au créancier une meilleure garantie, le cautionnement est l'institution légale créée à cet effet. Une obligation reprise à titre subsidiaire doit être tenue pour un cautionnement (cf. ATF 39 II 768). « Dans différents arrêts, d'autre part, la *jurisprudence* s'est prononcée d'une manière analogue : « On doit toujours admettre qu'on a affaire à un cautionnement, dès qu'on est en présence d'une obligation de garantie de nature personnelle, portant sur le risque de non-exécution par un tiers d'une dette existante ou future... » (Cour d'Appel de Berne, *SJZ*, vol. 34, 1938, p. 363). Et ailleurs encore : « Une obligation de garantie ne peut représenter qu'un cautionnement (et jamais un porte-fort), là où la prestation du garant constitue vis-à-vis du créancier, une garantie d'exécution ; cette notion de « garantie d'exécution » est décisive dans l'idée même et la conception du cautionnement ». (ATF 37 II 156 et ATF 65 II 30). On notera que *l'insolvabilité du débiteur* peut être ou prétendue ou réelle, suivant qu'elle provient de sa mauvaise volonté ou de son impossibilité matérielle de payer.

² Nous mettons à part, naturellement, les rapports légaux, qui peuvent toujours intervenir entre le débiteur principal et la caution (tel le droit de recours prévu à l'art. 507 CO). Cf. également art. 506 CO.

³ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, ad art. 492, n° 6 ; BECKER, ad art. 492, n° 21 ; et BECK, ad art. 492, n° 78 ss.

s'engage presque toujours à la demande du débiteur principal, et par conséquent, qu'il se crée chaque fois entre le débiteur et la caution un rapport initial de mandat, d'où naîtra son obligation personnelle de garantir le créancier. Dans cette hypothèse, le paiement effectué par la caution, le cas échéant, correspondra à un effet indirect de l'obligation qu'elle aura contractée comme mandataire du débiteur principal¹. Malgré ces différences dans les deux interprétations, la nature du cautionnement ne change pas, et nous pouvons retenir simplement ce fait essentiel pour nous que, si le débiteur demeure en dehors du contrat, il n'en sera pas moins appelé à jouer un rôle important dans la formation de l'obligation. Comme nous l'avons dit, il n'y aurait pas de cautionnement s'il n'y avait pas aussi la « dette d'un tiers », et la réalité de ce tiers débiteur comme sujet de droit distinct et indépendant est l'une des conditions de l'existence de cette garantie. C'est l'idée qu'affirme, d'ailleurs, le principe que « nul ne peut cautionner sa propre dette ou sa propre créance », principe qui ne comporte qu'une seule exception dans le cas du cautionnement de droits futurs, où la personne de la caution peut se trouver temporairement confondue avec celle du débiteur principal². Enfin, la personnalité du tiers débiteur n'est pas

¹ On part de l'idée alors que les obligations qui existent entre le débiteur principal et la caution découlent, non pas du cautionnement, mais du mandat exprès ou tacite intervenu entre eux. Le paiement effectué par la caution lui conférera donc, en vertu de l'art. 402 CO, un droit au remboursement « de toutes les avances faites pour l'exécution du mandat ». C'est l'action *mandati contraria*. Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, ad art. 507 CO., note 12; GIOVANOLI, *ibid.*, note 1; BECK, *ibid.*, note 8; GUHL, ad p. 91; et CAVIN P., dans *JdT*, 1945, pp. 272 ss. Note à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral du 17.10.1944 dans ATF 70 II 271 (*JdT*, 1945, p. 268).

² Puisque la loi prévoit « qu'une obligation future peut être garantie pour l'éventualité où elle sortirait effet » (CO art. 492 al. 2), il est évident qu'il est aussi possible de cautionner sa propre dette, pour le cas où elle serait plus tard reprise par un tiers. L'hypothèse est la même, d'ailleurs, dans le cas du cautionnement de sa propre créance par un tiers : aussi longtemps que la caution et le créancier s'identifieront comme un seul et même sujet de droit, le cautionnement ne sortira pas d'effets ; mais provisoirement le créancier pourra toujours passer un cautionnement, pour l'éventualité où il céderait sa créance (cf. BECK, ad art. 492, p. 58, ch. 83-84 ; OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire* CO ad art. 497, n° 4a BB ; et ATF 38 II 127).

indifférente, puisque l'acte juridique sera toujours conclu *intuitu personae*. On ne pourra pas en changer librement, et le consentement donné d'avance par une caution à tout changement de débiteur ne sera pas valable.

D'autre part, le cautionnement possède tous les caractères propres de la garantie personnelle. C'est ainsi qu'il apparaît tout d'abord comme un acte juridique conclu à titre gratuit et comme un simple contrat unilatéral où les parties n'ont pas d'obligations réciproques. La promesse de la caution ne suppose pas de contre-prestation du créancier ; la caution n'a en général aucun intérêt personnel à la transaction et elle n'obtient rien en échange de son engagement ; le créancier reste maître de profiter du cautionnement ou d'y renoncer : l'acte représente un engagement unilatéral ¹. Les obligations qui lui incombent en vertu des art. 503 et 505 CO dérivent de la loi plutôt que du contrat. Le cautionnement ne pourrait devenir un contrat bilatéral que s'il contenait de la part du créancier cautionné une obligation principale envers la caution ². Dans ce seul cas, le rapport entre la caution et le créancier changerait de caractère pour s'interpréter conformément aux principes des contrats bilatéraux. Mais cette éventualité est rare ³. Le cautionnement,

¹ Cf. ATF 67 II 128 (*JdT*, 1942, p. 85 ; *Sem. Jud.*, 1942, p. 30).

² L'acceptation du cautionnement par le créancier, qui est toujours nécessaire, quoiqu'elle puisse être donnée aussi bien tacitement qu'expressément, ne fait naître pour ce créancier aucune obligation qui puisse être considérée comme la contre partie de l'engagement pris par la caution. De même, le cautionnement conservera en principe son caractère unilatéral, lorsqu'il aura été subordonné à la concession d'un délai de faveur au débiteur ; il n'y aura pas de changement. (Jurisprudence du droit français, cf. D.P., 50.1.165). En revanche, si le créancier, à l'occasion d'un cautionnement, prend l'engagement de suspendre ses poursuites pendant un délai déterminé, il y aura « droit acquis » non seulement pour la caution, mais encore pour le débiteur, et le cautionnement rentrera alors dans la classe des contrats bilatéraux (Jurisprudence du droit français, cf. D.P., 47.1.244).

³ Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des BGB*, II^e vol., II^e partie, § 76, p. 182. D'autres auteurs, dans la doctrine, tiennent pourtant une contre-prestation du créancier pour incompatible avec la nature du cautionnement et tendent à lui substituer, dans ce cas, un autre type de contrat onéreux pour la dette d'un tiers, non soumis à l'obligation de forme (*Enneccerus*, § 411, I, 4, cité par VON TUHR, *ibid.*, p. 182, note 50).

d'autre part, doit s'entendre comme un acte de pure bienfaisance et un acte conclu à titre *gratuit*. Toutefois la gratuité est de la nature, et non de l'essence de ce contrat. Elle ne saurait suffire à le faire passer pour une donation au sens de l'art. 239 CO, par ex. ; à moins que la caution, après avoir payé le créancier, ne renonce spontanément à exercer son recours contre le débiteur, ce qui ne saurait être que l'exception. Souvent la gratuité sera un indice en faveur de ce contrat ¹. Cependant rien ne s'opposera jamais à ce que la caution stipule un prix au débiteur pour la garantie qui lui est accordée, ou même que le créancier s'oblige personnellement à payer une indemnité à la caution en raison du supplément de garantie que lui procure son intervention. Quand c'est le créancier qui paie la caution pour se faire garantir contre l'insolvabilité du débiteur, le montant qu'il verse représente alors le prix d'une véritable assurance.

Le cautionnement nous apparaît enfin comme un engagement du type accessoire. Le sens et la portée de ces termes nous sont déjà connus. Dans le cautionnement, en effet, l'obligation de la caution reste soumise à l'influence de l'obligation principale (CO art. 492 al. 2) ². Le principe accessoire n'y est pourtant pas absolu. Des dérogations importantes ont dû être apportées à la règle, et nous en avons déjà donné quelques exemples ³. Ces

¹ Cf. BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, n° 30, et GUHL, *Commentaire CO*, p. 29. On notera que la loi, dans ses dispositions, part toujours de l'idée que le cautionnement a été fourni gratuitement dans le but de rendre service. Mais cela entraîne cette conséquence que la caution acquiert ainsi des droits contre le débiteur : droit de requérir des sûretés ou de réclamer sa libération (CO art. 506) d'une part, et droit légal de recours (CO art. 507) d'autre part.

² Si le caractère accessoire de l'obligation est le critère du cautionnement par excellence, cela n'exclut pas que d'autres garanties du type accessoire ne puissent exister à côté du cautionnement. « Le cautionnement, en particulier, se distinguera du droit de gage et de la peine conventionnelle par le fait que la garantie de la dette, dans le cautionnement, est nécessairement fournie par un tiers, tandis qu'en cas de clause pénale ou de gage, le débiteur fournit ou peut fournir lui-même la garantie supplémentaire » (*FJS, Cautionnement*, I, p. 1).

³ Nous avons déjà donné un aperçu général de ces questions en traitant de « la nature juridique de l'obligation de garantie ». Nous renvoyons pour le surplus à BECK, qui a émis des considérations très pertinentes sur les limites ou les conséquences du caractère accessoire

restrictions ne proviendront toutefois que de la loi et de la jurisprudence ; elles ne seront jamais l'œuvre des parties elles-mêmes. Si ces dernières tentaient de supprimer ou de changer le caractère accessoire d'un cautionnement, l'acte conclu ne perdrait pas nécessairement sa valeur, mais il représenterait très probablement un autre contrat ¹. Plus on s'éloigne du cautionnement et plus on se rapproche du porte-fort, plus on modifie le caractère accessoire de l'obligation et plus on glisse vers un acte indépendant ². Si l'on s'en tient à la loi, cependant, les brèches opérées dans le principe accessoire résultent, pour leur plus grande part, de la préoccupation du législateur de conserver au cautionnement une certaine autonomie ³. Comme il arrive souvent en droit privé, le rapport de la caution peut, en effet, être soumis à des clauses spéciales, ou répondre à des échéances particulières, ou obéir à des causes propres d'annulation ou d'invalidation (cas de vices du consentement). En droit international, la situation ne diffèrera pas : l'autonomie du contrat apparaîtra simplement plus marquée ; la garantie y sera traitée comme un acte juridique nettement distinct, détachée de son rapport de base, avec des fors judiciaires séparés

dans le rapport du cautionnement (cf. *Das neue Bürgschaftsrecht*, ad art. 492, n^{os} 89-94). On rappellera simplement ici que sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral avait déjà pris diverses mesures pour limiter les effets du caractère accessoire dans le cautionnement. Au nombre des exceptions qui devaient normalement passer du débiteur à la caution, sur la base de l'art. 502 CO, le Tribunal fédéral avait lui-même retranché celles qui paraissaient incompatibles avec le contenu du cautionnement ou contraires à son but. Autrement dit, il avait estimé nécessaire de priver la caution des exceptions qui dépendaient directement de l'état d'insolvabilité du débiteur : sursis, concordat ou acte de défaut de biens, accordés par le créancier (avec, pour ce dernier, tous les avantages qu'il comporte : arrêt du cours des intérêts, exception de non retour à meilleure fortune, etc.). Enfin, à côté de ces restrictions qui figurent aujourd'hui dans la loi, nous avons aussi noté que des dérogations au caractère accessoire du cautionnement avaient été introduites dans le cas de la dette qui n'oblige pas le débiteur par suite d'incapacité ou d'erreur et dans le cas de la dette prescrite. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 18.9. 1934 dans ATF 60 II 294 (*JdT*, 1935, p. 72) ainsi que VON TUHR, *SJZ*, vol. 19, 1923, p. 225 ss. Voir enfin art. 492, al. 3, 502 al. 1 CO.

¹ Cf. BECK, *op. cit.*, ad art. 492, n^o 88.

² Cf. plus bas, dans ce même chap. pp. 167-168.

³ Cf. ATF 63 II 303.

et des lieux d'exécution indépendants ¹. En dépit de son caractère accessoire, le cautionnement peut être lui-même érigé en une obligation principale dans certains cas déterminés ; nous en citerons notamment deux : lorsque l'obligation de la caution se trouvera appuyée par un gage, et lorsque le recours contre le débiteur sera garanti par une arrière-caution. Mais la nature accessoire du cautionnement ne sera pas seulement l'élément fondamental de cette garantie ; elle constituera également l'élément caractéristique du contrat, qui servira à la distinguer de nombreuses autres sûretés ² ; le porte-fort, l'ordre de crédit ou l'aval, et même l'assignation. Ce dernier cas est important, parce que l'assignation présente de grandes analogies avec le cautionnement et que cette institution est fréquemment appelée à servir de base à d'autres garanties ³. On sait que l'assignation est définie par la loi comme « l'acte par lequel l'assigné est autorisé à remettre à l'assignataire pour le compte de l'assignant une somme d'argent (...) que l'assignant a mandat de percevoir en son propre nom » (CO art. 466). Or, nous avons vu déjà que le rôle de la caution pouvait se concevoir comme celui d'un mandataire du débiteur principal. Un rapprochement entre les deux institutions est dès lors facile : *mutatis mutandis* ; le mécanisme dans les deux institutions est le même ; le rôle des parties y est simplement renversé. Comme dans le cautionnement, le législateur prévoit qu'en cas d'acceptation de l'assignation par le créancier, l'assignataire est tenu de réclamer tout d'abord la prestation à l'assigné, et ne sera autorisé à se retourner contre l'assignant que dans le cas où il n'aura pu obtenir le paiement à l'expiration du terme fixé (art. 467 al. 2 CO). Mais à

¹ Cf. BECKER, *Commentaire CO*, rem. prélim., n° 4, ad art 492-512 CO ; cf. aussi ATF 61 II 181 (*JdT*, 1935, p. 611).

² A l'occasion d'un arrêt, le Tribunal fédéral a déclaré que « lorsqu'un créancier gagiste se faisait garantir à titre personnel la valeur d'un gage par un tiers, la déclaration de garantie ne pouvait représenter qu'un acte de cautionnement, si elle avait le caractère accessoire ». (ATF 64 II 208).

³ Qu'on songe aux crédits documentaires ou aux crédits par acceptation ; ou qu'on songe même à certaines opérations du droit de change fondées sur l'assignation.

la différence du cautionnement, qui reste purement accessoire, l'obligation, dans l'assignation, est d'un type rigoureusement abstrait et indépendant ¹.

L'assigné qui a notifié son acceptation à l'assignataire sans faire de réserves, ne pourra lui opposer ni les exceptions dérivant de ses relations avec l'assignant, ni celles qui pourraient avoir leur source dans les rapports de l'assignant envers l'assignataire, et plus particulièrement celles qui résulteraient de la dette de l'assignat envers ce dernier. Ainsi donc, contrairement à ce qui se passerait dans le cautionnement, l'obligation contractée par l'assigné envers l'assignataire se trouvera, du fait de son acceptation, être entièrement indépendante de celle de l'assignant, qui a servi de base et de motif à l'assignation ².

La nature accessoire du cautionnement s'affirme encore dans sa dépendance à l'égard de l'obligation principale dans l'ordre et dans le temps. En effet, la caution ne pourra en aucun cas être recherchée par le créancier avant que la dette principale elle-même ne soit échue. De par son but, le cautionnement donnera naissance à une obligation destinée à rester à l'arrière-plan de celle du débiteur, en vue de la remplacer le cas échéant. Aussi longtemps que l'obligation de la caution se maintient dans l'ombre de l'obligation principale, le cautionnement représente un engagement virtuel, fondé sur une incertitude ou un doute qui subsiste dans l'esprit des parties. Lors de la passation de l'acte, les parties ignorent si le débiteur principal sera en mesure ou non de remplir sa prestation ; elles ne savent pas si la garantie stipulée servira un jour à désintéresser le créancier. Seule l'arrivée de la condition pourra entraîner l'application des effets du contrat ; mais cette « condition » ne devra pas s'entendre, au sens habituel du terme, comme une simple modalité de l'acte ; il s'agit au contraire d'une condition

¹ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO* ad art. 466, nos 1 et 5, et BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, n° 37. Voir aussi dans *SJZ*, vol. 25, 1928, p. 64, arrêt de la Cour d'Appel de Zurich du 16.4.1926.

² Cf. à ce sujet les art. 468 al. 1 CO et 502 CO (sur les exceptions de la caution).

purement « juridique », c'est-à-dire d'un élément intrinsèque de l'obligation ¹.

La classification des différents types de cautionnement prévus par la loi nouvelle peut s'opérer de deux manières.

Si l'on examine tout d'abord les liens juridiques qui se créent entre le créancier et la caution, une classification logique peut s'établir d'après le nombre et la nature des conditions que doit remplir le créancier pour exercer ses droits contre la caution. Sous ce premier aspect, on constate que le code des obligations a prévu trois types de cautionnements. Tout au bas de l'échelle, nous trouvons le « *cautionnement limité à la perte* » (Schadlosbürgschaft), dans lequel la caution s'oblige à rembourser au créancier seulement le montant de la perte qu'il a subie, soit du chef de l'insolvabilité du débiteur principal, soit à raison du transfert de son domicile à l'étranger (CO art. 495 al. 3) ². C'est dans ce type de cautionnement que le caractère subsidiaire de l'obligation de la caution est le plus marqué. En second lieu viendra le *cautionnement simple* dans lequel le droit du créancier

¹ Les « obligations conditionnelles » sont régies par le titre quatrième du Code des obligations sous le nom de « Modalité des obligations » (CO, art. 151 ss.). Elles ont fait l'objet d'une étude de VON TUHR, dans la « Partie générale du CO », p. 641 ss., pp. 650 ss. ; p. 660, III. « En revanche, déclare VON TUHR (*ibid.*, p. 646), ne sont pas des conditions au sens des art. 151 ss. CO, les faits qui, en vertu d'une disposition légale, doivent s'ajouter aux manifestations de volonté des parties pour compléter les éléments constitutifs d'un contrat ou d'un autre acte juridique. Il est d'usage d'appeler « *condicio juris* » ces éléments nécessaires d'un contrat, qui reposent sur la loi, et non sur la volonté des parties » (cf. aussi SCHULTHESS, dans ZSR, vol. 44, p. 68).

² Ce type de cautionnement était complètement ignoré par la loi sous l'ancien droit. Sa réglementation nouvelle prévoit notamment que la caution ne pourra être recherchée par le créancier que dans certains cas bien déterminés : existence d'un acte de défaut de biens définitif contre le débiteur principal — conclusion d'un concordat ayant force de loi — transfert par le débiteur de son domicile à l'étranger, ou d'un Etat étranger dans un autre. Mais à part ces prescriptions de la loi, il reste bien entendu que les parties peuvent toujours subordonner leurs « Schadlosbürgschaften » à d'autres conditions de leur choix. Ainsi la Cour d'Appel du Tessin a reconnu valable une convention où la caution s'obligeait à rembourser simplement au créancier le montant de sa perte, après que ce dernier ait engagé les poursuites en réalisation de gages prévues contre le débiteur principal (cf. SJZ, vol. 36, 1940, p. 254 et vol. 37, 1949, p. 12).

de poursuivre la caution est soumis à des conditions moins strictes, bien que le contrat conserve toujours un caractère nettement subsidiaire. Enfin le *cautionnement solidaire*, tel qu'il est prévu à l'article 496 CO, n'a plus qu'un caractère subsidiaire très atténué sans l'avoir cependant entièrement perdu. Si dans le nouveau droit, le cautionnement solidaire n'a plus toute sa force et son efficacité, c'est que le législateur l'a retouché, soit d'une manière directe en modifiant l'art. 496 CO, soit d'une manière détournée en introduisant la disposition assez surprenante de l'art. 501 al. 2 CO.

L'opportunité d'une autre méthode de classement pour les divers types de cautionnement peut se présenter dans le cas où plusieurs cautions s'obligent ensemble pour une même dette. On distinguera alors suivant que leurs engagements seront ou bien entièrement indépendants les uns des autres (CO art. 497 al. 4), ou bien simplement conjoints (CO art. 497 al. 1), ou enfin à la fois conjoints et solidaires (CO art. 497 al. 2).

D'ailleurs, dans le cadre ainsi tracé par la loi, les parties conservent toujours une certaine latitude pour élaborer à leur guise des formes de garanties, et créer librement d'autres actes « *sui generis* » de *cautionnement*¹. De plus, elles gardent en tout temps le droit de modifier la garantie de la caution en vue de muer l'acte, le cas échéant, en une nouvelle forme de cautionnement. La jurisprudence s'est maintes fois prononcée dans ce sens², et le principe de la liberté des contrats est ici respecté. Du reste le législateur n'a pas hésité, à proposer lui-même un certain nombre de variétés d'actes forgés à partir du cautionnement simple, et qui représentent des modes de garantie couramment utilisés dans la pratique. Ce sera le cas par exemple

¹ Cf. CO art. 495-498.

² Cf. *SJZ*, vol. 36, 1940, p. 254 et vol. 37, 1940, p. 12 (arrêt de la Cour d'Appel du canton du Tessin du 21.6.1939) et *SJZ*, vol. 30, 1934, pp. 331 ss. (arrêt de la Cour d'Appel du canton de Berne du 6.7.1933). Cf. en outre Rapport ad art. 500, p. 56. On observera que, conformément à l'art. 12 CO, les modifications subséquentes apportées à un acte de cautionnement doivent être également soumises aux prescriptions de forme prévues pour sa conclusion (cf. art. 493 al. 5 CO).

des promesses du « certificateur de caution » et de « l'arrière-caution », qui se distinguent toutes deux comme des variantes du cautionnement simple (CO art. 498 al. 1 et 2), l'une servant au créancier pour garantir l'engagement d'une autre caution (dite caution principale), l'autre servant à la caution pour sauvegarder ses droits de recours contre le débiteur de l'obligation ¹.

Mais les intéressés pourront aussi, dans les limites à vrai dire assez étroites où peut encore s'exercer leur liberté contractuelle, apporter des variantes librement consenties aux types prévus par la loi, et notamment modifier dans une certaine mesure les conditions du droit du créancier en matière de cautionnement simple (cf. CO 495 al. 4 ; 497 al. 4).

Cette dernière forme du cautionnement connaît de nos jours de nombreuses applications ². Il arrive souvent, en effet, que la caution soit tenue non pas au remboursement intégral de la dette (en compensation de l'inexécution de l'obligation), mais uniquement à la réparation du dommage fixé (en couverture de l'insolvabilité établie du débiteur).

On peut aussi affirmer que certaines formes de cautionnement altérées par la revision du code tendent aujourd'hui à se rapprocher du cautionnement limité à la perte subie par le créancier. Dans la réglementation nouvelle du cautionnement conjoint, le législateur a prévu, en effet, que la caution conjointe aurait le droit de refuser de payer au créancier plus que sa part jusqu'à ce que des poursuites aient été engagées contre toutes les autres co-cautions simultanément et qu'elles aient abouti à la délivrance d'actes de défaut de biens (CO art. 497 al. 2). Si une caution conjointe a payé plus que sa part, elle bénéficiera,

¹ On veillera à distinguer en pratique « le cautionnement de la caution » (c'est-à-dire la promesse d'un certificateur de caution) du cautionnement d'une dette déjà cautionnée. « Lorsque B, déclare von Tuhr, cautionne une dette déjà cautionnée par A, son intention n'est pas de reprendre cumulativement la dette de A, mais de s'obliger accessoirement avec le débiteur principal. Son obligation sera donc valable même en cas de nullité de l'obligation de A » (von TUHR, partie générale du CO, p. 688).

² En particulier dans les crédits sur marchandises (cf. DUPERREX, dans *Sem. jud.*, 1942, p. 87).

en outre, d'un droit de recours contre les autres co-cautions avant même d'avoir recherché le débiteur principal. Et si le créancier décide enfin de lancer des poursuites contre l'une des cautions, celle-ci pourra en demander la suspension en fournissant des sûretés réelles ; les poursuites engagées contre elle ne pourront plus être reprises alors avant que tous ces gages aient été réalisés et que des actes de défaut de biens aient été délivrés. En sorte qu'aujourd'hui une caution quelle qu'elle soit pourra toujours, en fournissant des sûretés d'ordre réel, « demander au juge de suspendre la poursuite dirigée contre elle jusqu'à ce que tous les gages aient été réalisés et qu'un acte de défaut de biens définitifs ait été délivré contre le débiteur ou qu'un concordat ait été conclu ». Grâce à cette disposition impérative et inédite du code, la caution garde aujourd'hui la faculté de modifier en tout temps la portée de son engagement et de convertir un cautionnement même solidaire en un simple cautionnement limité aux pertes ¹.

Cependant, certains auteurs comme von Tuhr ne font pas du « cautionnement pour le cas de pertes » une simple variété de cette garantie, mais ils l'assimilent plutôt à un cas de *porte-fort* ². Ils admettent que du moment que la « *Schadlosbürgschaft* » cette *fide jussio indemnitalis* du droit romain vise essentiellement à la réparation du dommage subi par le créancier, cette garantie doit être aussi nettement individualisée et séparée du cautionnement — ce dernier représentant, comme on sait, avec un tout autre sens, « la promesse d'exécution de la dette d'autrui » ³. Si ce n'est pas là la conception dominante du droit,

¹ Cf. Rapport ad art. 500, pp. 56 et 57. Dans un arrêt du 15.12.1947, la Cour d'Appel de Berne a stipulé qu'en vertu des nouvelles dispositions sur le cautionnement (spécialement les art. 496 et 511), la *caution solidaire* ne pouvait être recherchée pour la dette principale (même si celle-ci était échue) « qu'après que le débiteur principal a été sommé de s'acquitter en vain » (cf. ZBJV, 84, p. 509 d).

² Cf. VON TUHR, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 76, p. 176, note 14.

³ L'expression allemande de « *Schadlosbürgschaft* » ou l'expression latine de « *fide jussio indemnitalis* » rendent mieux que l'appellation française de « cautionnement pour le cas de pertes » l'idée de « dommages-intérêts », qui est caractéristique de ce contrat, autant que du porte-fort.

cette opinion n'en est pas moins intéressante ; car elle montre combien ces deux notions sont proches dans la doctrine, et combien la limite est fragile à établir entre ces deux institutions voisines. La même observation vaudra d'ailleurs pour la distinction à faire entre le cautionnement conclu à titre onéreux et l'assurance-crédit. L'assureur ne s'oblige pas, en effet, à assurer personnellement l'exécution de la dette d'un tiers, mais il s'engage uniquement à réparer au créancier le dommage qui pourrait résulter pour lui de l'insolvabilité du débiteur : l'assurance, exactement comme la « Schadlosbürgschaft » d'ailleurs, et pour les mêmes raisons, devra donc s'entendre juridiquement comme une garantie de porte-fort ¹.

Un autre cas-limite important du cautionnement et du porte-fort, est celui de la dette d'un incapable garantie par cautionnement. Ce cas est spécialement prévu et réglé à l'art. 492 al. 3 CO. On sait qu'en vertu des dispositions générales du droit, la dette contractée par un incapable n'a aucune validité, et ne saurait par conséquent entraîner aucun effet juridique (CCS art. 18). Ce sera le cas, en particulier, du mineur qui contracte un engagement sans l'autorisation de son représentant légal (CCS art. 19) ou de la femme mariée qui s'oblige en faveur de son mari sans l'approbation de l'autorité tutélaire (CCS art. 177). Contrairement à la règle de l'obligation accessoire, qui suppose toujours à la base du cautionnement une dette principale valable ², le législateur déroge dans ces cas, en redressant l'acte et en laissant néanmoins sa pleine validité à la garantie. Par une véritable fiction du droit, les parties sont alors amenées à traiter la promesse de garantie (qui vise une dette non obligatoire ou une dette imparfaite) ³ comme un cautionnement,

¹ Cf. VON TUHR, *ibid.*, p. 182.

² Lorsque dans un cautionnement, il manque une obligation principale valable, on examinera si cette garantie ne peut pas être assimilée à un des cas prévus à l'art. 492 al. 3 CO ou éventuellement à une des autres formes de sûreté.

³ Cf. VON TUHR, partie générale du CO, p. 30, chif. 3. Sur la notion de la fiction, cf. VON TUHR, partie générale du CO, p. 131, note 72a, et Allgemeiner Teil II, § 43, pp. 22 ss. ; voir également la thèse de L'HUIL-

alors que cette garantie devrait s'interpréter normalement comme un porte-fort¹. La même situation se présente d'ailleurs dans le contrat entaché d'erreur ou dans la dette prescrite, et de nombreuses législations étrangères se sont rangées à ce point de vue. Mais la prescription spéciale de l'art. 492 al. 3 CO n'a qu'une portée limitée. La loi subordonne d'une part son application à la condition que la caution ait connu le vice dont était entachée l'obligation principale au moment de la conclusion du contrat, et d'autre part elle limite son emploi aux seuls cas fixés par la loi. Ainsi le dol et la crainte fondée en seront exclus, et l'on ne pourra jamais avoir, dans ces deux derniers cas, la garantie d'un cautionnement, mais exclusivement celle d'un porte-fort². En revanche, dans le cas de cautionnement de dettes futures et de dettes conditionnelles, qui ne dérogent pas au principe de l'obligation accessoire — (puisque le cautionnement de toute façon ne pourra être conclu « alors que pour l'éventualité où l'obligation principale sortirait effet », CO art. 492 al. 2) — la validité de la garantie ne sera pas mise en doute³. De même encore, dans le cas de l'obligation au porteur (par ex. dans le cas de la cédule hypothécaire), la jurisprudence, à défaut de toute autre indication donnée par la loi, tient l'acte du cautionnement pour pleinement valable, et la revision en a sans autre admis le principe⁴. Enfin, la question du cautionnement des dettes du jeu ou du pari a été traitée à part par le législateur ; et s'il reconnaît bien alors la validité de la garantie,

LIER, *La notion du droit formateur*, pp. 160-161. L'ensemble du problème du cautionnement des dettes non obligatoires ou imparfaites est examiné très attentivement par le Rapport ad art. 492 et 493, pp. 47 et 48, et par le *Message* du 20.12.1939 dans *FF* 1939.11.897, ad art. 493 et 911, ad art. 507.

¹ Cf. *Rapport* ad art. 492, p. 47 ; ATF 56 II 375 ss. ; BECKER, *Commentaire CO*, ad art. 494, rem. 3 ; VON TUHR, *Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht*, *SJZ*, vol. 19, 1923, pp. 225 ss. ; OSER, *Commentaire CO*, ad art. 494, rem. 4 ; et GUGGENHEIM, *Der Garantievertrag*, p. 48.

² Cf. VON TUHR, *ibid.*, *SJZ*, 19, p. 226.

³ Cf. ATF du 18 II 1930 dans ATF 56 II 375.

⁴ Cf. *Rapport* ad art. 493, p. 48, et *Message* dans *FF* 1939 11 897, ad art. 493.

il prévoit cependant que l'acte juridique ne pourra donner lieu à aucune action en justice et qu'il ne pourra faire naître aucun recours contre le débiteur principal ¹.

Malgré la parenté et les analogies fréquentes qui existent entre le cautionnement et le porte-fort, il n'est pas possible d'assimiler ces deux notions l'une à l'autre, comme l'ont préconisé certains auteurs. L'interprétation extensive et l'emploi abusif du terme de « Garantievertrag » dans le droit allemand en particulier (où il désigne à la fois ces deux modes de garantie), ont été à l'origine de divergences de vues et de difficultés dans la pratique ². Il convient de rejeter la thèse selon laquelle deux sens pourraient être donnés simultanément au contrat de garantie — un sens étroit et un sens large — à dessein d'y inclure également le cautionnement ³. On ne saurait légitimement prétendre que le porte-fort puisse se comparer sur le fond à un cautionnement, pas plus qu'on ne saurait en faire un cas universel de la « garantie d'un tiers ». Sans doute est-il aisé d'opérer un rapprochement entre ces deux notions : car si le législateur définit le porte-fort comme « l'acte par lequel on promet à autrui le fait d'un tiers » (CO art. III), nous savons aussi que le cautionnement est « l'acte par lequel on garantit à autrui l'exécution d'un tiers ». Mais même s'il est vrai qu'une garantie se détermine le plus souvent par son but ⁴ (qui est le même ici dans les deux cas), il serait contraire à l'ordre juridique de chercher à placer sur un même plan deux types de contrat partant de conceptions entièrement différentes, puisque l'un donne naissance à une obligation accessoire et l'autre à une obligation indépendante.

¹ Cf. CO art. 502 al. 4, et 507 al. 6.

² Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, ad art. III, n° 16, et ROSSEL & MENTHA, *Le Code civil suisse*, p. 166. Voir également ATF 37 II 182 ss.

³ On remarquera spécialement la place qu'occupent dans la partie générale du droit des obligations les dispositions sur le porte-fort (CO art. III), alors que le cautionnement figure à la partie spéciale (CO art. 492 ss.). Ce devrait être déjà une indication.

⁴ Cf. FJS, *Cautionnement I*, p. 1.

En résumé, et si nous reprenons l'examen du cautionnement dans son ensemble, nous pouvons donner à cet acte juridique les *interprétations* suivantes :

1. Sur le plan général, humain, tout d'abord, le cautionnement constitue un service bénévole, désintéressé, qu'une personne accepte de rendre à autrui, en vue de lui procurer les moyens de crédit indispensables.

2. Sur le plan économique, concret, ensuite, le cautionnement représente une sûreté personnelle, qu'un bailleur de fonds reçoit en garantie d'un crédit, et dont les termes s'apparentent étroitement au droit de gage dans les sûretés réelles ¹.

3. Sur le plan juridique, enfin, le cautionnement apparaît comme un contrat formel unilatéral, par lequel le stipulant s'engage à répondre personnellement de l'exécution de la dette d'un tiers ; sa garantie tient lieu alors d'obligation de remplacement, prête à suppléer le cas échéant l'exécution de la dette principale ².

La nature juridique du cautionnement repose sur quatre postulats fondamentaux. Mais alors que ces divers éléments du rapport juridique ont été envisagés précédemment à l'état pur, nous les retrouvons combinés ici dans la pratique.

1. Le cautionnement représente, en premier lieu, un acte GRATUIT et UNILATÉRAL, c'est-à-dire un acte de pure bienfaisance dans l'esprit du législateur. Il ne sera pas soumis aux règles usuelles du code, mais bénéficiera de divers tempéraments dans la loi. La caution ne sera pas traitée comme un débiteur ordinaire, mais comme un débiteur privilégié ; elle sera libre d'opposer les bénéfices de discussion ou de division au créancier ³. Les tribunaux devront tenir compte, enfin, de la situation particulière de la caution ; en s'inspirant chaque fois des règles de la bonne foi (CCS art. 2), ils devront considérer qu'elle s'est

¹ Voir note 3, page 170.

² Cf. un arrêt de la Cour d'Appel de Zurich, cité par un arrêt du Tribunal fédéral du 19.11.1941 dans *Bl.Zür.R.*, 41, n° 100.

³ Cf. art. 495-497 CO ; et voir spécialement aussi art. 500-505 CO.

engagée spécialement à l'avantage du débiteur et dans l'intérêt du créancier ¹.

2. Etroitement liée à la dette principale, d'autre part, la promesse de la caution restera un engagement SUBSIDIAIRE et ACCESSOIRE. De nature subsidiaire, tout d'abord, en ce sens que l'acte n'aura pas pour effet d'assujettir la caution directement au paiement de la dette, mais d'assurer la solvabilité du débiteur, ou à la rigueur sa volonté de payer (c'est l'idée sommairement exprimée par l'« Eingehen » du droit allemand) ; de nature accessoire ensuite, la caution aura à répondre de son obligation dans les termes mêmes de la dette principale, et sa prestation restera toujours rigoureusement liée à celle du débiteur (c'est la notion plus connue d'« Einstehen » dans la doctrine allemande).

L'obligation de la caution est le rapport, enfin, qui permettra de toucher directement à l'essence du contrat. C'est elle qui donnera son individualité propre au cautionnement ² ; c'est elle qui permettra d'en saisir la notion à travers ses attributions ses applications ou ses fonctions. Mais pour se faire une idée exacte de cette obligation, nous devons l'envisager successivement sous deux aspects principaux (et d'ailleurs complémentaires et équivalents) : l'objet du cautionnement et le contenu de la prestation.

I. L'OBJET DU CAUTIONNEMENT, au sens propre, s'entendra comme la « chose garantie, par la volonté des parties, autrement dit, comme « l'objet visé par la convention » ³. Mais cet objet

¹ En se fondant sur le principe de la bonne foi, la jurisprudence a toujours admis que la caution était en droit de s'attendre à ce que le crédit garanti soit utilisé conformément aux prévisions et aux indications fournies lors de sa négociation. Les banques en seront même tenues, dans la règle, pour responsables (voir également, dans ce même chap. note 1, p. 160).

² Cf. *Bl.Zür.R.*, 41, n° 100.

³ Cf. ci-dessus, chap. VII, pp. 70 ss., où cette question a été traitée en détail. *L'objet du cautionnement* ne s'entendra pas ici au sens large que lui donne l'art. 495 CO ; dans le code (art. 495-508 CO, lit. marginale B), cette notion recouvre en effet non seulement les diverses espèces de cautionnement comme telles, mais elle enveloppe encore toute la

n'est pas invariable ni uniforme partout ; comme la dette à garantir, il peut représenter toutes sortes de choses dans la pratique, et l'obligation de la caution connaîtra, de son côté, de multiples applications ¹. La prestation de la caution, enfin, (qui résume tout le rapport juridique) donnera fréquemment lieu à diverses interprétations. Aux yeux du créancier, cette prestation représentera habituellement la satisfaction d'un droit personnel, et elle apparaîtra tantôt comme l'exécution de la promesse du débiteur, tantôt comme la réparation du dommage causé en raison de son inexécution ². Mais aux yeux de la caution, elle prendra un sens un peu différent ; on la regardera généralement comme la réalisation effective de sa garantie — ou si l'on veut comme l'accomplissement formel de son obligation — dans les termes et conditions prévus par la loi ou la convention ³.

2. Sous son autre aspect, l'obligation de la caution correspondra au CONTENU DE LA PRESTATION, c'est-à-dire à « la responsabilité assumée pour la dette d'un tiers » ⁴. Cette responsabilité, depuis la revision est toujours causale ⁵. Pour que

question des rapports juridiques entre le créancier et la caution d'une part, et celle des rapports entre la caution et le débiteur d'autre part.

¹ Elle pourra, en particulier, s'appliquer aussi bien aux dettes d'argent qu'à d'autres obligations (cf. *FJS, Cautionnement I*, p. 1).

² Avec la majorité de la doctrine, on peut considérer, en effet, que les cautionnements et les gages constitués pour la créance peuvent également servir à garantir des dommages-intérêts. Cf. VON TUHR, partie générale du CO, p. 502, qui renvoie à BECKER, *Commentaire CO*, rem. 4, ad art. 97 CO. Le Tribunal fédéral résout le cas autrement, mais sa conception paraît à von Tuhr discutable (cf. ATF 49 II 373 ; *JdT*, 1924, p. 290).

³ « Das akzessorische Sicherungsgeschäft, durch welches jemand die für den Gläubiger in der Nichterfüllung einer bestehenden oder künftigen Drittschuld liegende Gefahr im Umfang deren Rechtsbeständigkeit und Klagbarkeit durch Begründung einer persönlichen Verpflichtung übernimmt, ist Bürgschaft und nicht Garantievertrag » (cf. arrêt du 12.7.1937 de la Cour d'Appel de Berne dans *SJZ*, vol. 34, 1938, p. 363).

⁴ Cf. en particulier *FJS, Cautionnement*, I, p. 1.

⁵ Il en résulte spécialement que la faute légère ne peut faire l'objet entre les parties d'une convention exclusive de responsabilité (CO art. 100).

le créancier puisse faire valoir ses droits, dans un cas donné, il suffira donc que le risque implicitement contenu dans la garantie se trouve réalisé en l'espèce. Ce risque pourra correspondre aussi bien à une contestation de fond qu'à un simple refus du débiteur de payer la dette ; d'autre part, il pourra provenir aussi — dans une hypothèse très spéciale — de l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter sa prestation¹. Dans tous les cas, la caution répondra sur toute sa fortune, bien que l'indication numérique d'un « montant maximum de l'engagement » ait été prévue dans l'acte (CO art. 493 al. 1) ; et c'est seulement l'obligation de la caution (Schuld) qui se trouvera limitée alors « quantitativement » ; la responsabilité de la caution (Haftung), elle, subsistera intégralement. Enfin, l'étendue de la prestation que peut avoir à fournir la caution, est fixée en détail par la loi. A concurrence du montant total indiqué dans l'acte — et sauf convention contraire, nous dit l'art. 499 al. 1 CO — « la caution sera tenue du montant de la dette, ainsi que des suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur ». Mais la revision a fait une réserve à ce sujet : le code prévoit en effet aujourd'hui que la caution ne répondra « que des engagements du débiteur qui sont postérieurs à son propre engagement » (al. 3). Quant aux accessoires de la dette, il est encore prévu dans la loi qu'outre les suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur (cf. art. 97 ss. et 103 ss. CO), la caution pourra être tenue « du dommage résultant de la caducité du contrat ou de la peine conventionnelle » (al. 1^{er}, 2^e phrase). Mais une convention spéciale des parties est alors indispensable ; tout comme elle le serait également pour les suites contractuelles de la demeure du débiteur, s'il devait en être prévu². Les autres cas mentionnés par la loi (aux alinéas 2 et 3) concernent plus spécialement

¹ Nous visons ici le cas, déjà évoqué plus haut, où le débiteur n'exécute pas le contrat en raison de l'interdiction qui lui est faite dans son pays de s'acquitter à l'étranger (cf. ATF 60 II 294 ; *JdT*, 1935, pp. 72 ss.). Voir également *Bl.Zür.R.*, 41, n° 100 ; CO révisé, art. 501, al. 4.

² Ces dernières, dans la pratique, prendront le plus souvent la forme d'intérêts moratoires ou de clauses pénales.

les frais de poursuites et des actions intentées contre le débiteur, ainsi que le règlement des intérêts conventionnels ; mais ils n'appellent aucune remarque particulière de notre part ¹.

¹ Peut-être est-il bon simplement de rappeler qu'en vertu de ces dispositions, la caution ne sera tenue des intérêts de la somme que dans une mesure limitée : « à concurrence — nous dit la loi — des intérêts courants pour l'année et des intérêts échus d'une année ». Si la caution devait, en revanche, être tenue d'intérêts pour plusieurs années en arrière, une convention spéciale serait nécessaire entre les parties. Mais en aucune façon, ces intérêts supplémentaires ne pourraient dépasser alors le montant maximum de l'engagement de la caution prévu dans l'acte.

CHAPITRE XI

LA SUBSTITUTION DE GARANTIE

Le développement du crédit a entraîné avec lui une multiplication des formes de la garantie, et de nombreuses sûretés personnelles d'un type nouveau existent aujourd'hui dans le système juridique ¹. Ces sûretés gravitent comme des satellites autour du cautionnement ; elles concourent à un but semblable et dépendent d'une même cause juridique. Comme nous l'avons vu, l'engagement de la caution vise toujours à neutraliser les risques du bailleur de fonds dans une opération donnée ; il tend à faire passer ces risques de la tête du créancier sur un tiers. Ce but du cautionnement représente la donnée immédiate du contrat ; il est un des éléments décisifs de l'acte juridique, un des critères permettant de distinguer cette garantie par rapport aux autres contrats personnels. Mais il constitue en même temps l'élément fondamental, commun de toutes les sûretés personnelles ; il peut servir de point de rattachement à toutes les garanties, et c'est lui qui permettra d'opérer entre elles certains rapprochements.

Cependant l'étroite parenté qui lie entre elles les différentes garanties risque de compromettre l'ordre et la sécurité juridique en ouvrant la porte à tous les abus, si l'on admet — comme certains l'ont fait — que la notion de « garantie » peut s'interpréter de diverses manières et s'appliquer simultanément à différents rapports du droit. Les parties en ont maintes fois fait l'expérience, lorsque des garants ont cherché, pour leur

¹ Cf. RUTZ, *Die Dividendengarantie* (thèse Fribourg, 1928), pp. 13-17, qui donne un aperçu très général de la question. Cf. aussi E. LIENHART, *Sicherungsmöglichkeiten für den Gläubiger* (Gropengiesser, Zurich).

avantage, à faire coïncider la déclaration de garantie du porte-fort avec celle du cautionnement ¹. Il est vrai que la distinction entre les deux espèces de garanties présente en droit suisse des difficultés que ne connaît pas le droit français. Alors que l'art. 111 CO, part d'une conception tout à fait large du porte-fort et lui donne le sens très étendu d'une garantie « pour le fait d'un tiers », l'art. 1120 CCF au contraire en restreint la portée et le définit comme la simple garantie donnée « pour l'obligation d'un tiers » ². Sans doute n'y a-t-il pas lieu de s'arrêter, en principe, aux expressions ou dénominations inexactes qui ont pu servir aux parties, si elles ont été utilisées « par erreur ou pour déguiser la nature véritable de la convention » (CO art. 18). Mais la confusion des vocabulaires crée la confusion dans les esprits, en faisant penser que l'identité des mots suppose l'identité des institutions. Il ne peut en résulter que des malentendus et des erreurs, comme l'a déjà souligné à plusieurs reprises le Tribunal fédéral. Dans un arrêt encore récent, les juges ont rappelé que l'interprétation d'une déclaration de garantie, dont les termes étaient équivoques, et qui ne tendait, en fait, qu'à dissimuler la situation véritable des parties, devait en tout état se tourner contre ses auteurs. C'est dire qu'un garant ne pourra jamais exciper de l'ambiguïté d'une garantie pour soutenir sa cause dans une instance, mais qu'il devra au contraire accepter que cette incertitude même se tourne contre lui ³. Cette décision est tout à fait dans la ligne du droit suisse, qui applique invariablement la théorie de la

¹ Cf. ci-dessus, Introduction, pp. 7 et 8, et K. OFTINGER, *Über Bankgarantien*, dans *SJZ*, vol. 38, 1941, pp. 58 ss., chif. IV.

² Cf. ATF du 18.11.1930, dans ATF 56 II 375. Il s'ensuit que le porte-fort, au sens de l'art. 111 CO, peut couvrir aussi bien l'exécution d'un contrat par un tiers que la simple garantie de l'obligation.

³ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 19.11.1941, dans *Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100. Le défendeur, dans cet arrêt, tentait d'excuser une omission dans les termes de la garantie et essayait de se justifier en prétendant avoir agi intentionnellement. Il voulait éviter ainsi, disait-il, d'utiliser le terme de « cautionnement » pour sauvegarder le crédit de la maison qui devait bénéficier de la garantie. Mais le Tribunal fédéral n'a voulu voir dans cette omission qu'une dissimulation de la situation véritable, dont le défendeur devait être seul à supporter les conséquences.

confiance à toutes les déclarations de la volonté ¹. Cette manière de voir se justifie d'autant plus ici qu'il est de toute importance dans le cas de la garantie, de s'en tenir au principe de la foi jurée au créancier.

Mais, puisque le but du contrat (ou simplement l'intérêt des parties) n'offrent plus en pratique une base suffisante pour la distinction des sûretés personnelles, il a fallu chercher d'autres critères. C'est ainsi que l'on classe maintenant les garanties en considérant surtout leur contenu et leurs effets ². Mais pour connaître les effets d'un contrat, il faut en connaître évidemment aussi la nature juridique. La question de la structure individuelle de la garantie ne présente donc pas seulement un intérêt académique dans la discussion, mais elle revêt également un intérêt pratique touchant la solution du problème. Si notre étude semble plus particulièrement orientée vers la délimitation abstraite des contrats, c'est parce que cette dernière est à la base de la discrimination *in concreto* des garanties ³. Mais nous n'aurons pleinement atteint notre but que si nous parvenons à déceler pour chaque sûreté personnelle sa véritable identité juridique, et si nous savons assez indiquer quels sont les éléments propres de sa comparaison.

Le Tribunal fédéral hésite cependant à se prononcer sur ce problème. Bien avant la revision déjà, il avait estimé qu'une classification des sûretés personnelles ne pouvait se concevoir en l'état actuel de la législation : l'extrême diversité des critères et l'absence totale de rapports entre eux s'y opposaient, selon lui, absolument ⁴. Sans doute, ses craintes étaient-elles partiellement fondées, si l'on songe à l'extrême enchevêtrement et à la complexité, qui existent aujourd'hui pour la plupart des instruments de crédit. Comment admettre, en effet, que des

¹ Ou, si l'on veut aussi, la « théorie modifiée de la volonté » (cf. von TUHR, Partie générale du CO, p. 251).

² Cf. dans *SJZ*, vol. 30, 1934, p. 331, un arrêt de la Cour d'Appel de Berne du 6.7.1933.

³ Cf. von TUHR dans *SJZ*, vol. 19, 1923, pp. 225 ss.

⁴ Cf. ATF 56 II 375, arrêt Walliser Kantonalbank c. Michlig und Konsorten du 18.11.1930.

sûretés se fondant sur une seule et même obligation, c'est-à-dire sur une seule et même cause, puissent être soumises en même temps à des critères différents ? Ou comment admettre aussi que des garanties choisies dans un but bien déterminé par les parties puissent être tenues à la fois pour un porte-fort et un cautionnement ? On avait pensé tout d'abord que la revision permettrait de remédier à cet état de choses. Mais cet espoir a été très tôt déçu. En portant atteinte à la liberté des conventions, en renonçant au principe de la fidélité au contrat ¹, et en privant enfin le cautionnement de ses moyens essentiels, le législateur était arrivé à un résultat exactement contraire ; c'est ainsi que l'attention du public se détourna peu à peu du cautionnement pour faire rebondir le problème épineux de la *substitution*.

Le cautionnement est-il le seul mode de sûreté valable ? Les contrats constitutifs d'une sûreté personnelle sont-ils interchangeables ? Peut-on passer librement d'une forme de garantie à une autre ? Telles étaient, dans les grandes lignes, les questions qui allaient se poser. Mais avant de les examiner, dans un dernier chapitre, nous tenons à présenter ici trois observations primordiales. Tout d'abord, nous devons remarquer qu'en matière de crédit, c'est le créancier qui paie, et par conséquent, c'est le créancier aussi qui commande... C'est donc à lui qu'il appartiendra généralement de choisir la forme de garantie appropriée. Entre deux exigences opposées et d'apparence contradictoire, savoir : celle du créancier (qui cherche à se procurer le mode de garantie le plus efficace) et celle du débiteur (qui ne veut pas avoir à supporter une garantie trop lourde), c'est celle du créancier qui doit en principe triompher. En second lieu, il faut relever qu'à côté de la volonté du créancier, un autre facteur encore, dépendant d'une certaine aptitude de l'homme à tourner les lois... peut exercer son influence. A dire vrai, cet aspect du problème relève plutôt de la politique législative et sort du cadre étroit de nos perspectives légales. Néanmoins, il est indispensable

¹ « *Pacta sunt servanda* ».

de prévoir qu'un large public s'efforcera le plus souvent d'éviter l'application du cautionnement, misant de préférence s'il le peut, sur d'autres sûretés personnelles, mieux adaptées aux opérations des banques et plus conformes à l'administration du crédit. C'est évidemment le devoir des banques, qui sont le plus directement intéressées à la revision, d'en respecter l'esprit. Cependant, on ne saurait non plus méconnaître leur droit de tirer parti des diverses possibilités offertes par la loi et de chercher, par quelque formule originale et nouvelle, à créer des systèmes de garantie plus souples et plus maniables. Mais les parties ont-elles le droit de renoncer librement au cautionnement ? Sont-elles habilitées à remplacer une garantie par une autre ? Là se pose le problème crucial de la légalité de la substitution, problème dont la solution dépendra finalement de la réponse donnée aux deux questions ci-dessus. Quant à la dernière des trois observations que j'ai tenu à formuler dans cette partie du présent chapitre, elle porte sur le fait que la revision du cautionnement a obligé les banques et le commerce en général à revoir leurs anciennes méthodes pour tenir compte de l'évolution et se conformer aux exigences nouvelles du droit. Ainsi que le relève avec beaucoup d'à propos et de pertinence M. Duperrex, on remarque, en effet, deux tendances qui se renforcent de nos jours — l'une chez le débiteur, l'autre chez le créancier — pour parer aux inconvénients suscités par la législation nouvelle : « Parmi les gens qui recherchent du crédit, beaucoup s'efforcent de trouver d'autres garanties, effrayés qu'ils sont par les complications qu'exige la constitution d'un cautionnement et par les délais péremptaires impartis aux créanciers pour sauvegarder leurs droits ; quant aux banques, qui offrent du crédit, sans exclure absolument les personnes physiques comme cautions, elles semblent marquer une préférence aujourd'hui pour le cautionnement donné par des personnes morales »¹.

Quoiqu'il en soit, les motifs qui incitent les parties à se tourner vers d'autres modes de garanties peuvent être, dans la

¹ E. DUPERREX, dans le *Journal de Genève*, du 24.2.43.

pratique, fort nombreux. En première ligne, nous noterons ceux qui dérivent de *l'incapacité juridique* de contracter un cautionnement, incapacité prévue spécialement à l'art. 408 CCS pour les personnes sous tutelle¹. On conçoit aisément que les intéressés puissent être tentés de nos jours de tourner la difficulté en renonçant au cautionnement pour choisir d'autres sûretés personnelles. Cependant, on peut se demander, dans le cas de l'article 408, si le terme de « cautionnement » utilisé par le législateur ne doit pas s'entendre plutôt dans un sens large, c'est-à-dire englobant également toutes les autres sûretés personnelles. Il est évident que dans l'affirmative la notion de « substitution » perdrait tout son intérêt et n'aurait même aucune raison d'être. A cette première éventualité, il faut en ajouter une autre, qui s'en rapproche beaucoup, savoir *l'interdiction contractuelle* de souscrire un cautionnement à l'occasion d'un contrat de travail ou d'engagement². Comme dans le cas précédent, il faut admettre que cette interdiction s'appliquera en principe à toutes les sûretés personnelles et que le public n'aura que rarement l'occasion d'éluder son engagement en recourant à cette substitution. Une dernière série de motifs — qui nous intéresse particulièrement, a trait à l'ensemble des mesures prises lors de la revision pour renforcer *la protection de la caution*. Nous avons déjà vu que ces nouvelles dispositions allaient directement à l'encontre des intérêts du créancier et qu'elles constituaient même pour lui un handicap sérieux. Nous nous

¹ Cf. *Rapport*, pp. 26-27 et *Message* dans *FF*, 1939.II.878. Il est possible d'assimiler aux personnes sous tutelles d'autres cas encore, tel celui des enfants sous puissance paternelle, en vertu de l'art. 280 CCS (cf. ATF 63 II 129) et celui des personnes sous curatelle, c'est-à-dire soumises à l'autorisation d'un conseil légal (art. 395, ch. 9 CCS). Enfin mentionnons encore le cas de la femme mariée, qui ne peut s'obliger en faveur de son mari sans l'approbation des autorités de tutelle (art. 177, ch. 3 CCS), et le cas des personnes au bénéfice d'un concordat, qui perdent le droit de se porter caution (LP, art. 298 al. 1 et 317, lettre i). Nous ne citons là que les cas de la législation ordinaire.

² Il va de soi que la violation d'une obligation de cette espèce (obligation de ne pas faire, ou « *non facere* ») serait sanctionnée, non pas par la nullité de l'acte (qui restera au contraire pleinement valable), mais bien par la mise en congé, des dommages-intérêts, une peine conventionnelle, etc.

dispenserons donc d'en refaire ici l'analyse ; mais envisagées sous l'angle de la substitution, elles nous permettront de déterminer l'attitude adoptée par le créancier et d'indiquer les conditions dans lesquelles on en arrive à substituer au cautionnement d'autres modes de garanties.

Les *prescriptions de forme* introduites dans le code fédéral, et dont on ne trouve nulle part l'équivalent dans les autres législations, sont probablement parmi celles qui ont le plus nui au cautionnement. Connaissant par avance les risques de la substitution, les auteurs du projet avaient songé d'emblée à étendre ces dispositions à l'ensemble des contrats personnels. Cette solution devait au moins avoir l'avantage — dans leur esprit — d'assurer une application plus large et plus efficace de l'art. 493 CO. Toutefois, les Chambres fédérales appelées à se prononcer sur ce projet, ont préféré s'abstenir de toute intervention ¹. Elles ont considéré que l'introduction de mesures spéciales de protection ne se justifiait pas en dehors du cautionnement et qu'il n'y avait par conséquent aucune raison d'en étendre l'application à d'autres sûretés personnelles : des contrats comme la reprise de dette ², l'engagement solidaire ³, l'ordre de crédit ⁴ ou l'aval ⁵, pouvaient s'en dispenser, selon

¹ Cf. *Message*, dans *FF*, 1939.11.896 et 897, ad art. 492.

² Dans la *reprise de dette* (art. 175 av. CO), les parties s'engagent toujours indépendamment et personnellement pour leur propre dette ; il ne s'agit plus alors d'une obligation virtuelle, mais on s'oblige pour une dette déjà existante : les parties peuvent donc avoir pleinement conscience de la portée de leur acte.

³ Le principe fondamental est le même dans *l'engagement d'un débiteur solidaire* que dans la reprise de dette. Mais il y a cette différence, toutefois, que le garant y souscrit à une obligation nouvelle et non plus à une obligation existante (art. 143 ss. CO). Pour les questions de forme, cf. ATF 66 II 26.

⁴ Pour *l'ordre de crédit*, la forme écrite unilatérale est expressément prévue par le Code (art. 408 al. 2 CO). Seule la signature du mandant est exigée, bien que le mandataire assume également une obligation (cf. von TUHR, *Partie générale du CO*, p. 210). Les Chambres fédérales ont admis, lors de la revision, que le danger était moins grand pour le mandant que pour la caution, puisque les parties réalisent toujours qu'elles entament leur patrimoine ; par conséquent, elles ont estimé qu'il ne se justifiait pas de soumettre ce contrat aux mêmes formes que le cautionnement (cf. BECK, *op. cit.*, Introduction, n° 32).

⁵ Cf. *Bull. stén. C.N.*, 1940, pp. 74 et 78 et *Bull. stén. C.E.*, 1940, p. 299 (rapporteur : M. Iten). En réalité, ce n'est qu'une vue de l'esprit,

elles, absolument. Mais en rejetant les propositions de la Commission d'experts et en refusant de soumettre les divers contrats de garantie à une réglementation uniforme, les Chambres fédérales allaient modifier les données du problème. Il allait être possible d'interpréter ce refus de l'autorité comme une dispense générale de forme valant pour toutes les sûretés personnelles, et les parties allaient pouvoir s'en prévaloir pour tourner les règles de l'art. 493 CO. En fait, on peut difficilement contester aujourd'hui qu'en prenant ces dispositions, les Chambres n'aient pas implicitement admis que l'on pouvait substituer au cautionnement d'autres sûretés du même type, telles que le portefort, la reprise de dette, l'engagement solidaire ou la signature d'un effet de change ¹.

Cet état de chose allait inévitablement causer des difficultés nouvelles dans l'application du cautionnement et entraîner une généralisation de plus en plus fréquente des méthodes de la substitution.

A côté de ces questions de forme envisagées ci-dessus, il y a lieu de mentionner encore d'autres facteurs, tels que la règle impérative de l'art. 494 CO.

Principe entièrement nouveau, cette disposition fait dépendre aujourd'hui la validité du cautionnement conclu par une personne mariée du *consentement écrit de son conjoint*. Il est vrai que cette mesure comporte dans la pratique un certain nombre d'exceptions qui en atténuent la portée (al. 2) ; mais elle est à la fois si gênante et si déconcertante pour les parties que ces dernières sont tout naturellement tentées de s'y soustraire en

car si l'*aval* est capable de remplir les mêmes fonctions économiques que le cautionnement, il n'en demeure pas moins beaucoup plus dangereux pour le garant (cf. BECK, *op. cit.*, pp. 19 ss., n° 41). Cependant, il est juste de dire aussi que l'*aval* présente cet avantage sur le cautionnement qu'il représentera toujours une opération conclue à court terme, et que chaque échéance servira à rappeler à l'obligé ses obligations envers le créancier.

¹ Il est possible de déduire l'intention du législateur à partir d'autres faits encore, comme l'absence totale de clause d'interdiction de substitution dans le code. Ailleurs, le législateur prévoyait par exemple, que « toute opération qui contrevenait aux dispositions édictées ou qui visait à les éluder était nulle » (cf. art. 218 al. 1 CO révisé).

recherchant d'autres garanties¹. Cette innovation correspond dans notre code à une aggravation sensible des conditions d'engagement de la caution. Aussi bien, les mesures prises par le législateur n'ont-elles eu pour effet que de priver le cautionnement d'une grande partie de ses moyens². Comme dernier point, on peut mentionner enfin les « exceptions » et autres dérogations prévues dans la loi en faveur de la caution³. Ces exceptions constituent l'un des éléments les plus caractéristiques de l'institution ; mais trop étendues ou trop variées pour cette garantie elles restreignent nécessairement sa portée et entravent son fonctionnement. L'exception de poursuite préalable (ou bénéfice de discussion), qui place la caution dans la situation d'un débiteur privilégié (même si l'acte est conclu solidairement) en est un excellent exemple⁴. De plus, le législateur a précisé également le droit et l'obligation pour la caution d'opposer au créancier « toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur ou à ses héritiers et qui ne résultent pas de l'insolvabilité du débiteur » (CO art. 502). Là encore la caution jouit d'un pouvoir exceptionnellement étendu ; le donneur d'aval, par exemple, ne disposera jamais pour son propre compte des exceptions qui pourraient appartenir au débiteur principal. Toutes ces raisons ajoutées les unes aux autres font qu'il existe aujourd'hui, dans le cautionnement, une grande insécurité juridique, qui nuit à son application ; elles font aussi que la « substitution de garantie » reste pour une grande partie du public le seul moyen permettant de remédier à cette situation.

Lorsque les banques exigent de leurs débiteurs qu'ils appuient

¹ Pour éviter de tomber sous le coup des dispositions impératives de l'art. 494 CO, on a proposé non seulement de recourir à la méthode de la substitution, mais aussi de se servir de l'inscription provisoire (et facultative) de la caution au Registre du Commerce : par ce moyen-là, la caution bénéficierait du tempérament apporté à la loi par la règle de l'art. 494 al. 2 CO.

² Cf. GUHL, *Bürgschaftsrecht*, p. 136.

³ Cf. CO art. 495 al. 1. Voir aussi art. 497 al. 2 et 501.

⁴ Cette exception est l'un des éléments qui permettront précisément de distinguer le cautionnement de la reprise de dette (cf. arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 2.4.1930 dans *JdT*, 1930, p. 158).

leurs crédits par des garanties, elles ont le droit et le devoir de fixer le mode de garantie à utiliser. Mais comme la loi, d'autre part, contient dans ses dispositions toute une gamme de sûretés personnelles, de valeur très variable et inégale, il importe de laisser aux parties la plus grande liberté dans leur choix. On établira donc chaque fois des distinctions et des préférences, suivant les systèmes de garanties proposés, et l'on n'hésitera pas à renoncer au cautionnement, s'il y a lieu, compte tenu des circonstances de l'espèce. Enfin, on retiendra la forme de garantie qui paraît s'imposer, celle qui semble comporter le maximum d'avantages pour le débiteur et pour le créancier.

D'ailleurs, quelle que soit la forme de garantie adoptée, l'intention des parties reste la même dans tous les cas de substitution. Si les banques recourent à cette méthode, c'est qu'elles ont une raison — consciente ou non, valable ou non — de s'affranchir du cautionnement. Ainsi le problème de la substitution se trouvera toujours lié à la nécessité de savoir si les parties sont autorisées à se faire dispenser du cautionnement ; et du point de vue juridique, toute la question reviendra à savoir si les actes de garantie sont valables, quand ils ont été passés en marge du cautionnement.

Mais deux voies s'ouvrent aux parties qui se disposent à recourir à la substitution, deux voies pouvant conduire à des résultats totalement différents. Ou bien les parties veulent réellement le cautionnement pour lequel elles s'engagent, mais certaines de ses règles obligatoires les gênent et elles cherchent à y échapper en faisant passer l'acte juridique pour une autre garantie ; c'est alors un cas de la *simulation*. Ou bien les parties s'entendent entre elles pour vouloir autre chose qu'un cautionnement et souscrivent sincèrement à une autre garantie, mais en se proposant d'atteindre à un but qui devrait relever normalement du cautionnement ; et c'est la *fraude à la loi*. Observons immédiatement que ces deux principes, énoncés ici en termes tout à fait généraux, ne donnent qu'une vue très incomplète et superficielle des choses. En réalité, les cas peuvent varier à l'infini et ces deux principes connaîtront, dans la pratique, toutes sortes

de modalités qui laissent le champ libre à la discussion. De plus ces deux hypothèses sont rigoureusement antithétiques et exclusives l'une de l'autre. Là, en effet, où il y aura simulation, il n'y aura pas fraude à la loi, et inversement. Ces deux termes doivent donc être examinés séparément.

Mais si la substitution peut être envisagée sous l'angle de la simulation et de la fraude à la loi, on devra distinguer encore chaque fois suivant que l'opération se situe *avant* ou *après* la conclusion de la garantie. Dans le premier cas seulement, on pourra parler vraiment de « substitution ». Ou bien les parties, en effet, auront eu dès le début l'idée de s'engager pour un cautionnement, mais elles auront convenu subrepticement entre elles de se lier par une autre garantie, et c'est alors l'art. 18 CO sur l'interprétation des contrats et la simulation qui trouvera application : la substitution apparaissant ici comme une mesure prise à l'avance par les parties pour leur permettre d'éviter à tout prix l'emploi du cautionnement... Ou bien les parties ayant décidé, au contraire, d'un commun accord, de souscrire à un porte-fort ou à une reprise de dette, il ne sera plus question alors d'un remplacement du cautionnement par une autre garantie : les parties essayeront simplement de modifier après coup la qualification d'un contrat pour en changer l'interprétation ; autrement dit, elles tenteront de faire passer le cautionnement pour autre chose qu'il n'est en réalité. C'est ici un problème d'une toute autre espèce, incompatible avec les dispositions légales¹ et, comme tel, condamné par la jurisprudence et la

¹ C'est aussi la solution du simple bon sens. Cf. spécialement *SJZ*, vol. 34, 1938, p. 363 (arrêt de la Cour d'Appel du canton de Berne du 12.7.1937). BECK (*Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, pp. 11 ss., § 3, lit. a, n° 22), s'exprime comme suit à ce sujet : « Ist eine Bürgschaft gewollt, als solche aber nicht gültig (z.B. mangels Form), so kann die Verpflichtung nicht etwa als Garantievertrag aufrecht erhalten werden. Das würde zu einer unerlaubten Gesetzesumgehung führen ». Et plus loin encore (*ibid.*, § 3, lit h, chif. 40) : « Ein Aval, dass mangels der nötigen Form keine wechzelmässige Verpflichtung begründet, kann, wenn wirklich eine selbständige Verpflichtung gewollt ist, nicht als gewöhnliche Bürgschaft aufrecht erhalten werden, selbst wenn die in Art. 493 vorgesehene Form erfüllt wäre. » (voir également BECKER, *Commentaire CO*, ad art. 492, n° 16, et *SJZ*, vol. 6, 1910, p. 336.

doctrine. Ainsi le Tribunal fédéral, dans un arrêt, a-t-il déclaré que « ce serait faire bien peu de cas de la volonté du législateur que de tenter de valider ainsi, par le détour d'une subsumption, une obligation par avance dénuée de toute espèce de valeur juridique »¹. Cette opinion des juges mérite d'être retenue ; elle vaut aussi bien pour l'aval que pour le porte-fort, et d'une manière générale pour n'importe quelle forme de la garantie ; elle est, de plus, parfaitement conforme à l'esprit du droit suisse.

Il n'en reste pas moins que la substitution n'existera, à proprement parler, que dans la première des hypothèses. Il n'y aura donc de risque d'invalidation de la garantie que si la preuve peut être apportée que les parties ont bien voulu simuler un contrat ou remplacer un cautionnement au risque de violer la loi. Pour qu'il y ait véritablement « substitution », il faut qu'une garantie vienne en remplacer une autre, ou si l'on veut, qu'il y ait « passage » d'un contrat à un autre ; il faut que les parties soient de connivence entre elles et qu'elles cherchent délibérément à s'affranchir du cautionnement. La « substitution » impliquera donc toujours une superposition de deux actes juridiques, dont le contenu est analogue et le résultat identique. Si ces garanties dans leur essence peuvent varier de cas en cas, la différence sera minime et ne portera que sur des questions de forme ou des détails sans importance.

Cet aspect du problème avait déjà retenu l'attention des autorités chargées de mettre au point le projet de la revision. Dans son rapport, présenté au nom de la majorité devant les Chambres fédérales, le conseiller national Huber avait déjà pris position à ce sujet². Il avait insisté pour que l'on ne soumette pas le porte-fort et la reprise de dette à des règles de forme identiques, directement inspirées du cautionnement. « Il serait

¹ Cf. ATF 37 II 182 : « Es hiesse den klaren Willen des Gesetzes missachten, wollte einer Verpflichtung die ihr aus guten Gründen versagte Rechtsgültigkeit auf dem Umweg über eine unzutreffende Subsumption beizulegen versucht werden ». Voir également *SJZ*, vol. 30, 1934, p. 331 (arrêt de la Cour d'Appel de Berne du 6.7.1933).

² Cf. *Bull. stén. C.N.*, 1940, p. 74, II^e moitié (rapporteur M. Huber).

vain, disait-il, de vouloir empêcher par ce moyen que le public ne tourne les dispositions légales du cautionnement. En uniformisant les prescriptions de forme des sûretés personnelles, on ne pourrait qu'accroître les difficultés et le trouble qui existent déjà dans les garanties. Il convient au contraire de conserver à chaque contrat les éléments caractéristiques facilitant sa distinction et de laisser au porte-fort et à la reprise de dette leur caractère propre d'actes indépendants ». L'ordre juridique exige que l'on recherche une solution dans les principes de base du droit civil, puisque la substitution ne peut se régler en tout état qu'en vertu des dispositions de la partie générale des obligations.

CHAPITRE XII

LA LÉGITIMITÉ DE LA SUBSTITUTION

Nous avons vu jusqu'ici le problème de la substitution sous son aspect le plus général. Nous en avons indiqué les principaux motifs et rappelé les données caractéristiques. Il nous reste à examiner maintenant dans quelles conditions et dans quelle mesure cette substitution est aujourd'hui possible, quelles sont les règles qui régissent son utilisation et quelles sont enfin les limitations apportées au principe dans la pratique.

I. LA SIMULATION

Définitions et principe

Si deux parties ont convenu de passer ensemble un acte de cautionnement, mais ont décidé en même temps de lui donner l'apparence extérieure d'un autre contrat, on dira qu'il y a simulation. Dans la conception dominante du droit, dont s'est directement inspiré le Tribunal fédéral pour sa jurisprudence, l'acte simulé a été défini précisément comme une convention où la situation réelle des parties ne concorde pas avec la volonté qui y est exprimée ¹. On peut donc dire qu'il y aura simulation chaque fois que les parties auront voulu créer l'apparence d'un acte juridique sérieux pour les tiers, bien qu'elles refusent de reconnaître une valeur quelconque à cet

¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13.11.1928 dans la cause Dr Savoy c. Muriset (ATF 54 II 429 ; *JdT*, 1929, pp. 261 ss.).

engagement pour elles-mêmes¹. En revanche, il ne saurait être question de simulation dans tous les cas où les parties se considéreront comme liées par les dispositions existantes de l'acte et déclareront par avance en accepter toutes les conséquences pour elles et pour les tiers². Cette définition est conforme à celle qu'a retenue le Tribunal fédéral pour la distinction à faire entre l'acte simulé et l'acte fiduciaire³.

Comme la simulation, toutefois, ne se présume jamais, il faudrait que l'engagement soit entièrement dénué d'effets juridiques vis-à-vis des parties pour qu'on puisse prétendre qu'il existe une simulation dans un cas donné. Or c'est généralement le but visé dans le contrat qui indiquera si l'acte a réellement été voulu par les intéressés et s'il doit sortir des effets juridiques aussi bien dans les rapports internes que dans les rapports externes du droit⁴. En cas de simulation, il s'agira donc de déterminer tout d'abord si les parties contractantes ont eu la volonté de tourner la loi ; il est évident qu'il ne saurait être question de simulation, là où un acte aura été voulu à tout point de vue par les parties⁵. Lors de l'élaboration de la loi nouvelle sur le cautionnement, les Chambres fédérales avaient déjà tenu compte de ce point de vue, et le législateur n'avait pas manqué, pour sa part, de souligner que les dispo-

¹ Il en sera ainsi, par ex., dans les cas très fréquents où les parties conviennent d'une vente, alors qu'il s'agit en réalité d'une donation (cf. OSER, *Commentaire CO*, ad art. 18 CO, rem. 5 ss. ; VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 246 ; ATF 45 II 27 (*JdT*, 1919, p. 246) ; ATF 46 II 30 (*JdT*, 1920, p. 322).

² On en aura immédiatement la preuve si le contrat a bien été exécuté conformément à ses clauses.

³ Cf. ATF 72 II 67 (*JdT*, 1947, p. 117) ; voir aussi ATF 71 II 99 et les arrêts qui y sont cités.

⁴ Il n'est pas faux de dire que la simulation, en un certain sens, a aussi pour but de tourner la loi et que ce peut en être une des manières. Mais cette manière se distingue de la fraude à la loi, qui en est une autre. Dans un cas l'acte sera nul pour simulation, et dans l'autre pour fraude à la loi.

⁵ Mais comme nous le verrons plus loin, si l'opération doit servir à tourner les dispositions du cautionnement, l'acte juridique pourra être attaqué sur la base de ces règles et en application du principe de la fraude à la loi.

sitions de l'art. 18 CO étaient précisément là pour permettre au juge d'intervenir dans les cas d'actes « substitués » de garantie ; toute autre mesure de protection devenant par conséquent superflue. Comme nous l'avons indiqué, la solution du problème reposait sur une double hypothèse ¹. Ou bien il fallait admettre que les parties avaient eu dès le début l'intention de se lier par un contrat de porte-fort ou une reprise cumulative — et puisqu'il s'agissait alors de deux institutions différentes et distinctes du droit, il n'était pas nécessaire de les soumettre à un système de formes identiques. Ou bien les intéressés, au contraire, avaient eu primitivement l'idée de passer au cautionnement, mais ils s'étaient décidés ensuite à le remplacer par un porte-fort ou une reprise de dette — et c'était alors l'art. 18 CO qui devait trouver son application ². Dans ce dernier cas, il y avait simulation, et par conséquent l'acte dissimulé n'avait pas été passé dans les formes voulues ; il devenait nul et de nul effet par le seul fait de la loi.

Le cas de l'aval

Ces quelques principes permettent de nous faire une idée générale de la simulation. Ils s'appliquent à toutes les formes courantes de la garantie. L'aval mérite toutefois une mention spéciale. Si, à côté du cautionnement, il constitue l'un des modes les plus recherchés et les plus marquants de la garantie, il n'en demeure pas moins en dehors des normes habituelles du droit. Cette indépendance qu'il manifeste vis-à-vis des autres contrats est particulièrement visible dans le refus des auteurs d'admettre l'invalidation de l'aval pour cause de simulation en cas de substitution (CO art. 18). Cette solution est, du point de vue juridique, la seule satisfaisante. On ne saurait prétendre en effet qu'un tiers qui adhère à un rapport de change en s'engageant comme aval puisse représenter une caution au sens des art. 492 ss. CO.

¹ Cf. ci-dessus, chap. XI, p. 185.

² Cf. *Bull. stén. C.N.*, 1940, pp. 74 (rapporteur : H. Huber) et 77, *in fine* (rapporteur : M. Aeby).

Il n'y a aucune commune mesure entre ces deux termes, et l'on ne saurait soumettre à un même régime l'aval et le cautionnement sans violer la loi — sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit. Si dans leurs ouvrages, MM. Staehelin & Kaderli ont exprimé des vues sensiblement différentes¹, il semble qu'ils aient tenu à faire prévaloir des considérations de logique et de clarté plutôt que de sacrifier à la tradition juridique. Mais un examen attentif et critique des choses montre qu'en matière de change la simulation ne saurait se concevoir qu'entre les parties elles-mêmes, et non pas vis-à-vis des tiers. Comme nous l'avons dit, l'aval reste un acte de droit formel, abstrait, qui vaut par la seule déclaration des parties et échappe aux dispositions traditionnelles du droit. C'est précisément ce que la Cour de Justice de Genève a souligné dans un arrêt du 20 avril 1943², où nous trouvons entre autres le passage suivant :

En créant les dispositions nouvelles du cautionnement, le législateur n'a à aucun moment entendu exclure la possibilité de conclure un contrat de change ou subordonner la conclusion d'un pareil contrat aux conditions nouvelles exigées pour le cautionnement³. Il ne pouvait être question de modifier la législation relative au droit de change, ainsi que l'a remarqué l'un des experts, puisque celle-ci est actuellement réglée et dominée par des dispositions internationales. Au surplus, la doctrine admet pleinement que l'aval est une obligation

¹ Cf. M. STAEHELIN, *Bürgschaft und Aval*, Bâle 1942 ; KADERLI, dans *Finanz und Wirtschaft*, n° 112 du 1.10.1943. Ces auteurs visent spécialement dans leurs articles les ouvertures de crédits par des banques en la forme déguisée d'un effet de change, qui doit être ensuite avalisé par un garant en lieu et place d'un cautionnement.

² Cf. arrêt Herzberg c. Société de Banque Suisse dans *Sem. Jud.*, 1945, p. 38, et un arrêt de la Cour d'Appel du Tessin du 29.9.1948 dans *Rép.*, 1948, p. 380, où il est rappelé que les dispositions du droit de change s'appliquent seulement à l'aval. Enfin, tout récemment le Tribunal fédéral a cassé un arrêt de la Cour d'Appel du canton de Zurich, qui avait décidé, à tort, qu'un aval conclu en lieu et place du cautionnement devait, à peine de nullité, revêtir les formes prévues pour ce contrat. (Arrêt du 3.3.1953 dans la cause Haerry & Co. Reinach c. Stadler dans ATF 79 II 79 (*JdT*, 1954, p. 142).

³ C'est ce qui résulte du protocole dressé par la commission d'experts extra-parlementaires (session des 24 et 25.4.1939) au sujet des dispositions nouvelles en question.

de change indépendante, qui n'est pas soumise aux prescriptions du Titre XX du CO sur le cautionnement (voir Becker, ad art. 492). En réalité, les parties restent libres de choisir entre le contrat de cautionnement et le contrat de change, et rien ne s'oppose à ce qu'elles adoptent le mode d'engagement qui est soumis aux conditions les plus faciles à réaliser. C'est dire qu'en le faisant, elles ne font nullement preuve de simulation.

Si cet arrêt revêt une grande importance pour l'aval, il ne manque pas de présenter aussi un certain intérêt pour les autres contrats personnels. Il apparaît clairement en effet, qu'il y a aujourd'hui une brèche dans le principe et que l'on peut rapprocher ce cas de toutes les autres substitutions de cautionnement. La doctrine, d'ailleurs, abonde dans ce sens et reconnaît qu'une garantie telle que l'aval peut remplacer valablement un cautionnement ¹. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette conception.

Sanction de la simulation

Le législateur a muni la simulation dans le code d'une double sanction (CO art. 18). Il a disposé, tout d'abord, que l'acte juridique ne devra jamais être tenu que pour ce qu'il vaut réellement — ou si l'on veut, qu'il ne sera valable que dans les limites et les conditions où il a été voulu par les parties (al. 1). Il s'ensuit donc qu'un cautionnement, déguisé en la forme d'une autre garantie — simulée celle-là par les parties — ne représentera jamais qu'un acte ordinaire du cautionnement (sous réserve de l'observation des prescriptions impératives de la loi). D'autre part, et en second lieu, le législateur a prévu que le tiers qui est devenu créancier est protégé dans sa bonne foi, dès l'instant qu'il a acquis la créance sur la foi d'une reconnaissance

¹ Citons pour mémoire que le professeur GUHL, dans une consultation privée, a déclaré que selon lui « la question n'avait jamais été douteuse pour l'aval en droit de change »; cf. aussi TORQUEBIAU, *Les garanties en matière d'ouverture de crédit*, p. 132, qui exprime la même idée pour le droit français et cite diverses jurisprudences à l'appui.

écrite de la dette (al. 2). C'est dire que l'exception de la simulation ne pourra jamais lui être opposée par le débiteur et que l'acte juridique restera sans aucune valeur en ce qui concerne les rapports externes de la dette. Grâce à cette double disposition, il résulte finalement que l'auteur de la déclaration sera toujours tenu de sa promesse envers les tiers acquéreurs de la créance dans les termes où elle pouvait être comprise par eux.

L'interprétation des contrats

Il ressort de ce qui précède que le problème de la *simulation* est tout entier dominé par celui de l'*interprétation*. Ce n'est pas un fait du hasard si ces deux données se trouvent englobées dans le code dans une même disposition (CO art. 18). Elles se rattachent à une même idée et dépendent d'une même question : quelle est la signification et la portée que l'on peut donner aux déclarations des parties ? Tout en définitive est affaire d'appréciation, d'interprétation, quand on touche au domaine des garanties et spécialement à la simulation. Ces deux notions du droit sont si proches l'une de l'autre, si intimément liées, que c'est précisément par l'interprétation qu'on pourra établir chaque fois si l'on a affaire à une simulation. Mais cette interprétation n'aura de sens et de valeur que si elle repose sur des bases scientifiques et juridiques. Elle dépend donc, en grande partie, de certaines règles, de certains principes, que nous définirons brièvement ici.

L'interprétation, comme donnée technique du droit, tout d'abord, ne peut se rapporter qu'à des *contrats non formels*. La question ne fait pas de doute ici, puisque c'est dans cette catégorie que rentrent tous les contrats personnels de garantie¹. La jurisprudence nous donne maints exemples de cas difficiles et embarrassants où les juges ont eu recours à l'interprétation

¹ Nous mettons naturellement à part le cas de l'*aval*, qui, comme nous l'avons vu, n'est pas en cause dans la simulation et ne se prête par conséquent pas à l'interprétation.

pour fixer les données d'une institution. Dans un arrêt déjà ancien, la Cour d'Appel de Berne rappelle « que le cautionnement n'est pas un acte formel, au sens étroit du terme (comme peut l'être par exemple un effet de change), mais qu'il se prête au contraire à l'interprétation ». En fait, l'interprétation devait permettre, dans l'espèce, de se référer aux circonstances extérieures au contrat et de donner des indications précieuses sur la nature de la garantie ¹.

D'une manière générale, d'ailleurs, on admet que cette interprétation peut se présenter sous trois formes différentes. Suivant le point de vue auquel on se place, elle sera ou bien *littérale*, en partant essentiellement du mot-à-mot dans le texte, ou bien *logique*, en considérant le sens général de l'acte et les circonstances qui ont présidé à sa conclusion, ou bien *législative*, en tenant compte des divers enseignements de la jurisprudence et de la doctrine (CCS art. 1 al. 2-3). Tous ces moyens peuvent être combinés entre eux, et seront, d'habitude, utilisés simultanément, pour atteindre plus sûrement à un résultat.

Nous savons déjà que les termes dans lesquels les parties font leur déclaration comptent davantage, en principe, pour l'appréciation d'un contrat, que la forme d'acte qu'elles ont utilisée. C'est là une concession faite à la théorie de la confiance, en droit suisse, et c'en est aussi une des conséquences importantes. Cette théorie vaut aujourd'hui pour l'interprétation de toutes les déclarations de la volonté (CO art. 18), et les tribunaux s'en sont fréquemment servis ². Les juges n'ont jamais voulu voir autre chose, en effet, dans le nom donné à une garantie, qu'un indice de la volonté des parties, et ils ont toujours considéré que la dénomination d'un contrat n'était nullement déterminante pour sa qualification juridique. Sans doute cette manière de voir se justifie-t-elle, puisque le terme de « garantie » prend des

¹ Cf. *SJZ*, vol. 10, 1914, p. 346 et *ZBJV* 50, p. 150. Voir en outre les arrêts qui y sont cités : ATF 31 II 88 et ATF 33 II 99 ; *RGE*, vol. 59, n° 63 et *RGE*, vol. 62, n° 43.

² Cf. spécialement, dans le cas de la garantie, ATF 65 II 30, ATF 64 II 346 et *Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100.

significations très diverses dans la pratique. Mais il s'ensuit aussi que l'on ne devra jamais s'en tenir aux seules tournures ou expressions utilisées par les parties. On s'efforcera au contraire de prendre chaque fois en considération la garantie elle-même, en mettant tout le poids sur le sens et la portée de la convention conclue. Et les calculs auxquels a pu se livrer le garant seront presque toujours — de même que son comportement — des facteurs irrelevants en droit parce qu'ils sont essentiellement subjectifs et incontrôlables. Ils se heurtent d'ailleurs à la théorie de la confiance, et si les termes de l'accord ne permettent pas de dire en toute certitude quel contrat les parties avaient en vue lors de leur engagement, il n'y aura pas d'autre moyen *que de trancher la difficulté en s'en tenant au but essentiel visé par les parties au moment de conclure*¹. Ainsi de tous côtés, le principe reste le même : pour déterminer la nature juridique d'une institution, il y aura lieu non seulement de s'en tenir au sens et au contenu de la déclaration des parties, mais encore de considérer le but qu'elles avaient en vue².

Le volonté des parties

Il n'en demeure pas moins que dans la disposition de portée générale de l'art. 18 CO, le législateur met avant tout l'accent sur « *la commune et réelle intention des parties* ». Toutes les règles que l'on peut formuler sur l'exégèse ou l'interprétation des conventions partent de là. Et si l'on veut apprécier la portée d'un contrat ou définir une garantie, c'est la volonté des parties qui jouera le rôle décisif³. Cette donnée, comme nous venons

¹ Cf. OFTINGER, *Über Bankgarantien* dans *SJZ*, 38, pp. 58 ss. (IV).

² A propos de la distinction à faire entre le cautionnement et la reprise de dette, cf. VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 688. Cf. également ci-dessus, chap. X, II^e partie, note 1, p. 156.

³ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO ad art. 18*, n^o 24. On veillera à ne pas mélanger les idées et à ne pas confondre ce que nous appelons ici le « but du rapport juridique » (c'est-à-dire le but réellement voulu par les parties) avec le but théorique d'une institution (qui est peut-être dénommée à tort les parties). Ainsi, dans l'arrêt cité à la note

de le voir, apparaîtra généralement dans le but du rapport juridique considéré, et ce n'est qu'à défaut d'indications suffisantes que le juge cherchera d'autres éléments susceptibles de l'éclairer. S'il y a lieu, il tiendra compte alors de l'ensemble des circonstances concrètes du cas ¹. En procédant par déductions et par étapes, il rejettera au fur et à mesure celles des hypothèses qui paraissent incompatibles avec le contenu de l'acte. Il s'efforcera de voir tout d'abord si l'hypothèse d'un cautionnement simple peut être écartée : cette forme de garantie ne saurait se rencontrer, en effet, que si l'acte comporte un *beneficium excussionis* en faveur du garant ; à défaut, elle devra être rejetée ². Puis le juge examinera si le garant n'a pas entendu se charger de satisfaire les prétentions du créancier ; dans l'affirmative, l'hypothèse d'un porte-fort devra être éliminée puisque cette garantie tend, non pas à assumer la prestation due par un tiers, mais à prendre à sa charge « le risque que la prestation ne soit pas effectuée par le tiers », engagement qui ne peut se traduire que par une obligation de payer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ³. Enfin, parmi les indices et

suivante (SJZ, vol. 30, 1934, p. 33), ce but du rapport juridique était « de rendre possible la continuation des affaires entre les parties » (in der Ermöglichung der Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen), selon l'expression même utilisée par les juges.

¹ « ... aus der Gesamtheit der Konkreten Verumständungen des Falles zu ermittelnden wahren Parteiwillen ». Cf. aussi RGE, vol. 90, n° 105. Voir encore ATF 64 II 284 (JdT, 1939, p. 99 ; Sem. Jud., 1939, p. 272).

² Cf. arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 26.10.1908 dans SJZ, vol. 5, 1908, p. 194.

³ Dans un arrêt du 19.11.1941, le Tribunal fédéral avait à apprécier la portée d'un engagement ainsi conçu « La Rückversicherungsgesellschaft à Zurich s'oblige envers M. le directeur M. D. à satisfaire les prétentions dérivant de la police n° ... s'élevant à Fr. de la « Anker », société anonyme générale d'assurance à Vienne » (trad.). Le Tribunal fédéral a d'abord écarté l'hypothèse d'un porte-fort par le considérant suivant : « Considéré en lui-même le texte du contrat ne fournit pas d'indication claire et certaine sur la nature de l'obligation.

D'après l'énoncé, il peut s'agir aussi bien d'un cautionnement que d'une reprise de dette cumulative. Le fait que la défenderesse s'est obligée à satisfaire les prétentions dérivant pour le demandeur de la police d'assurance permet seulement de constater qu'un porte-fort (forme de contrat constitutif de sûreté qui serait également concevable)

les circonstances extérieures susceptibles d'aider à l'interprétation d'un contrat, on peut mentionner, avec les tribunaux, « les relations de fait existant entre les parties au moment de conclure »¹. Le cas échéant, le juge tiendra compte également de la conception que pouvaient avoir de la garantie ceux qui y étaient directement intéressés ; si dans l'esprit des parties, cette garantie devait être un cautionnement, ce sera une raison de plus pour se prononcer en faveur de ce contrat². Le Tribunal fédéral a au surplus déclaré qu'il convenait d'interpréter l'acte juridique avec une rigueur et une sévérité toute particulière dans les cas où le contrat de garantie avait été rédigé par des hommes de loi ou des experts. Les parties connaissant alors parfaitement les dangers de la substitution il est juste qu'elles soient tenues sans réserve de leurs obligations³.

n'entre pas en ligne de compte ; car, dans ce genre de contrat, ce n'est pas la prestation d'un tiers qui est assumée, mais le risque de non-exécution par le tiers, engagement qui ne peut donner naissance qu'à une obligation de réparer le dommage.» (*Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100). Puis, ayant encore à décider entre le cautionnement et la reprise de dette cumulative, le Tribunal fédéral s'est prononcé pour cette dernière.

¹ Dans un arrêt, ils ont tenu compte du fait que l'octroi d'une garantie était indispensable au débiteur, étant donné ses engagements antérieurs très lourds, et que d'autre part le créancier avait intérêt à maintenir ses relations d'affaires avec son débiteur malgré des difficultés financières passagères. Tous ces motifs justifiaient l'octroi d'une garantie ; mais celle-ci devait s'interpréter comme un cautionnement tendant à assurer la stabilité du débiteur plutôt que comme un porte-fort promettant un certain comportement de sa part (arrêt de la Cour d'Appel de Berne du 6.7.1933 dans *SJZ*, vol. 30, 1934, p. 331).

² Voir le même arrêt qu'à la note précédente.

³ Dans son arrêt du 19.11.1941 (cf. *Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100), le Tribunal fédéral a expressément souligné que le garant (qui était une importante S.A.) était rompu aux affaires et qu'il était au bénéfice d'une grande expérience juridique. Si donc l'engagement qu'il avait souscrit devait avoir le caractère d'un cautionnement, il aurait dû, d'une manière ou d'une autre, le faire ressortir de l'acte juridique lui-même, soit au moyen d'une indication formelle, soit en fixant un montant maximum à la garantie. Comme il ne l'a pas fait, et que les termes utilisés montrent au contraire qu'il devait être tenu du paiement à première demande, le garant devait savoir qu'il s'engageait pour une reprise de dette. Il aura donc simplement à répondre de l'insolvabilité ou de la mauvaise volonté du débiteur (comme dans le cas du cautionnement), mais il sera tenu à titre personnel et indépendant, comme un débiteur principal. (La conclusion du Tribunal fédéral était donc qu'on avait affaire à reprise de dette.)

Néanmoins, dans un contrat de garantie, comme dans n'importe quel autre domaine du droit, la déclaration des parties peut être entachée d'un vice de la volonté. Ceci est d'un grand intérêt quant aux effets qui peuvent en découler pour les sûretés personnelles. En principe, l'erreur essentielle est la seule qui compte du point de vue juridique ; elle est aussi la seule qui soit susceptible de déclencher les effets mentionnés à l'art. 23 CO. Il y aura donc vice du consentement, dans le cas des garanties, si l'une des parties, en s'engageant, croyait de bonne foi qu'elle allait souscrire à un cautionnement (art. 495-496 CO), alors qu'elle constate plus tard que la garantie devait répondre, en réalité, à une autre définition ; l'acte pourra alors être invalidé pour cause d'*error in negotio* (CO art. 23 ch. 1). En revanche, les tribunaux ont toujours considéré qu'une erreur qui ne touchait pas au contenu de l'acte juridique, mais portait uniquement sur les circonstances extérieures de la garantie, ne représentait pas une erreur essentielle. Ainsi, par exemple, l'erreur dans laquelle se trouvait la caution sur la situation de fortune du débiteur principal, ou l'erreur qu'elle pouvait commettre à l'égard de la personne du créancier, devront simplement être regardées comme des erreurs d'appréciation — autrement dit comme des erreurs sur les motifs¹. La notion d'erreur s'écarte d'autre part de l'idée de la simulation. Tout comme le dol, elle part de données entièrement différentes. Dans le cas de simulation, les parties en effet agiront toujours de concert et d'accord entre elles ; elles souscriront à un engagement le sachant et le voulant, ce qui nous éloigne beaucoup des vices du consentement.

Dans de très nombreux arrêts de la jurisprudence, nous trouvons des formes d'interprétation qui peuvent servir de

¹ Cf. ATF 25 II 569 ; *SJZ*, vol. 10, 1914, p. 346 et *ZBIV*, 50, p. 150 ; *SJZ*, vol. 4, 1908, p. 310. Autre chose encore sera l'erreur des parties sur l'objet de la garantie : l'acte sera nul alors, parce que les intéressés n'étaient pas au clair sur la portée de leur engagement (cf. arrêt du Tribunal fédéral non publié du 7.11.1923 dans la cause *Schweiz. Bankverein (Schaffhouse) c. Frickart A.G., Zofingue*, et arrêt du Tribunal fédéral du 15.5.1923, dans la cause *Banque Populaire Suisse c. Perret*, ATF 49 II 100 (*JdT*, 1923, p. 569).

modèles pour les garanties. Puisés aux meilleures sources et solidement fondés sur le terrain de l'expérience, ces cas-types présentent une très grande utilité pour l'analyse des rapports du droit. Nous prendrons ici, pour exemple, un cas touchant au domaine des garanties. Dans un arrêt où les juges cherchaient à établir la véritable nature juridique d'un instrument de crédit, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il y avait lieu de prendre avant tout en considération les éléments suivants ¹ :

a) *Déclaration des parties :*

« Même si l'on ne veut pas s'en tenir à l'énoncé du contrat, déclare expressément le Tribunal fédéral, on peut relever que le principal intéressé était en l'occurrence un commerçant, et par conséquent qu'il était censé connaître la distinction à faire entre le cautionnement et le porte-fort. Or, il a précisément utilisé dans sa déclaration le terme de « garantie » ; on peut y voir à bon droit un premier indice en faveur d'un porte-fort. »

b) *Objet de la convention :*

« La promesse n'avait pas pour objet, d'autre part, souligne le Tribunal fédéral, de protéger le créancier dans son intérêt à l'exécution de l'obligation du débiteur, mais bien d'assortir la prestation comme telle d'une garantie. Et c'est précisément là le rôle du porte-fort. »

c) *Intérêts en présence :*

« En outre, si l'on tient compte des intérêts en jeu, tels qu'ils ressortent de l'état de fait, ajoute le Tribunal fédéral, il ne fait aucun doute que le garant était directement intéressé à la prestation du débiteur, et même qu'il devait tirer un avantage particulier de son exécution ; » or l'existence de cet intérêt chez le garant est un signe de plus qui plaide en faveur d'un contrat de porte-fort.

¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 5.2.1946, dans la cause Stoll c. Semac (Cf. ATF 72 II 19 ; *JdT*, 1946, p. 524).

d) *But de la garantie :*

« Le but du contrat conclu par le garant permet d'ailleurs lui-même de conclure à l'existence d'un contrat de porte-fort. » En effet, enchaîne le Tribunal fédéral, il est clair que dans l'idée du créancier, le garant devait user de son influence auprès du débiteur, le cas échéant, pour obtenir l'exécution de la prestation ; il ne lui suffisait pas que ce tiers s'engage en vue d'assurer uniquement le remboursement de son intérêt à l'exécution ». Et sans doute est-ce là encore un des aspects caractéristiques du contrat de garantie (porte-fort).

e) *Contenu de l'acte :*

« Enfin, conclut le Tribunal fédéral, si le garant n'avait eu en vue qu'un engagement accessoire envers le créancier — par ex. du type du cautionnement — il aurait dû l'indiquer clairement. Comme il ne l'a pas fait, le bénéficiaire de la garantie peut prétendre à être protégé dans sa confiance, et l'on doit admettre que le contrat vaudra aujourd'hui comme acte de porte-fort. »

Pour rendre plus aisée l'interprétation des garanties, la jurisprudence a créé une présomption *juris tantum* par principe favorable au cautionnement ¹.

On sait que le cautionnement a souvent été défini dans la doctrine comme « le mode normal de garantir la prestation pour autrui » ; il était donc tout à fait normal que les juges tranchent en faveur de ce contrat dans tous les cas douteux. Bien avant la revision déjà, les juges avaient eu recours à ce procédé d'interprétation, mais c'est surtout avec l'introduction des dispositions nouvelles dans la loi qu'il devait prendre toute son efficacité et toute son extension. Comme un complément

¹ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 17.1.1940 dans ATF 66 II 26 (*JdT*, 1940, p. 551). Arrêts de la Cour de Justice de Genève du 15.10.1940 dans *Sem. jud.*, 1941, pp. 71 ss., et du 16.2.1943 dans *Sem. jud.*, 1944, pp. 315 ss. Voir aussi OFTINGER, dans *SJZ*, vol. 38, 1941, pp. 58 ss., et BECK, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, pp. 17 ss, lettre d. n° 34.

indispensable à la revision, les juges ont cherché à étendre par cette voie les règles de protection édictées par le législateur, non seulement aux actes qui représentaient à coup sûr des cautionnements, mais également à tous ceux des contrats personnels qui, sans être à proprement parler des cautionnements, s'en rapprochaient beaucoup. Les juges devaient s'y résoudre d'autant plus facilement, d'ailleurs, que le cautionnement leur était apparu comme celle des garanties personnelles comportant les moindres risques pour le garant, et qu'au surplus, un allègement des garanties correspondait dans bien des cas à l'aspiration réelle des parties¹. Cependant, le Tribunal fédéral devait — plus tard — revenir sur cette interprétation ; à l'occasion d'un nouvel arrêt, il décida de restreindre sensiblement les effets de cette présomption, en précisant qu'elle n'aurait de valeur « que là où il n'était pas possible de dégager des circonstances particulières du cas des éléments constructifs pour la détermination de la nature juridique de l'engagement². Enfin, dans un arrêt postérieur à la revision, qui mettait en jeu des intérêts importants, le Tribunal fédéral alla plus loin encore dans ce sens³. Revenant à la situation du début, il déclara que le cautionnement n'allait pas nécessairement de soi, mais qu'au contraire la preuve de ce contrat devait en être chaque fois rapportée. « Il manquait dans le texte en l'occurrence, soulignait le Tribunal fédéral, non seulement le mot de « cautionnement »

¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 5.2.1946 dans ATF 72 II 19 (*JdT*, 1946, p. 524) et BECK, *op. cit.*, Introduction pp. 11 ss., let. a, vol. 22 et let. b, n° 27, ainsi que les références qui y sont citées : ATF 39 II 552 ; ATF 42 II 260 ; MULLER, dans *SJZ*, vol. 36, 1940, p. 277 ; ATF 66 II 26 (*JdT*, 1940, p. 551).

² Cf. dans *Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100.

³ Il est regrettable que la jurisprudence des tribunaux en matière de garantie soit encore aussi flottante. En fait, l'attitude des juges vis-à-vis des problèmes que pose l'interprétation des garanties a connu des variations importantes, et les parties, qui aimeraient être sûres de leur fait au moment de passer un contrat, demeurent le plus souvent dans l'incertitude. On peut dire que ces changements incessants et cette instabilité sont en grande partie à l'origine des difficultés que l'on rencontre pour l'interprétation des garanties, et il serait souhaitable que l'on atténue peu à peu ces différences en jetant les bases d'une doctrine stable et uniforme. Pour les références, voir note 1, p. 203.

ou tout autre terme équivalent, mais encore une indication précise, faisant ressortir le caractère accessoire de l'engagement. En effet, il est certain que si l'intéressé avait voulu s'obliger en qualité de caution simple seulement, il l'aurait mentionné directement dans l'acte, ou du moins il se serait arrangé à faire ressortir le caractère accessoire de son engagement. Vu l'incertitude dans laquelle on se trouve, et les autres circonstances du cas, la garantie devra donc s'interpréter comme une reprise de dette et non pas comme un cautionnement. » Cette décision a été confirmée encore par un autre arrêt du Tribunal fédéral, où les juges sont arrivés de nouveau au même résultat. Il y est dit, en substance, que si les garants ne songeaient en l'espèce qu'à assumer une responsabilité accessoire (c'est-à-dire un cautionnement) leur devoir était de l'indiquer clairement dans l'acte ; comme ils ne l'ont pas fait, on est fondé à admettre qu'ils ont voulu se lier par un autre acte juridique (porte-fort, reprise cumulative, etc.)¹. Ainsi, à l'encontre du premier arrêt que nous avons cité, il apparaît clairement aujourd'hui que le Tribunal fédéral fait toujours dépendre l'existence et la réalité d'un cautionnement de la preuve que cet acte correspondait bien à l'intention des contractants.

Ce revirement de la jurisprudence ne laisse plus rien subsister de la présomption que nous avons tout d'abord posée, et cette manière de voir nous paraît aujourd'hui justifiée. En revisant leurs conceptions anciennes et en abolissant une règle arbitraire, les juges ont montré que le cautionnement ne devait pas être tenu pour un engagement de portée générale, mais qu'il représentait au contraire une garantie spéciale, comportant un sens et un but bien déterminés. Ainsi, à moins qu'ils n'aient des motifs sérieux pour le faire, les juges ne pourront plus aujourd'hui trancher d'office en faveur d'un cautionnement, lorsqu'il sub-

¹ Cf. ATF du 19.11.1941 dans *Bl.Zürch.R.*, n° 100 ; ATF du 5.2.46 dans RO 72 II 19 et *JdT* 1946, p. 524 (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 19.11.1941 dans *Bl.Zür.R.*, n° 100 ; arrêt du Tribunal fédéral du 5.2.1946 dans ATF 72 II 19 (*JdT*, 1946, p. 524). Voir ci-dessus, dans ce même chap. notes 1 et 1, pp. 199 et 202.

sistera des doutes sur la nature juridique de l'acte de garantie en cause.

En l'état actuel de la législation, il serait vain d'ailleurs de vouloir rechercher dans le code une formule générale de garantie, susceptible de s'adapter à toutes les situations et de remplir toutes les conditions. Pas plus que le cautionnement, le porte-fort ne saurait être regardé comme un mode de garantie universel, capable de remplacer tous les autres contrats personnels. Revenant à une idée déjà ancienne, le Tribunal d'Appel de Berne avait affirmé, bien avant la revision, qu'un contrat de garantie ne pouvait être regardé comme un porte-fort qu'à la condition que d'autres dispositions (dans la partie spéciale du Code des obligations ou d'autres lois secondaires) ne puissent elles-mêmes s'appliquer ¹. Dans l'esprit des juges, l'article 111 CO ne devait donc être qu'une disposition de portée générale, située à l'arrière-plan des garanties, et qui était encore d'application subsidiaire. Mais cette interprétation ne tenait qu'insuffisamment compte de la réalité des faits. Il est certain que si le législateur avait tenu à classer le porte-fort dans la partie générale du droit des obligations, c'est parce qu'il n'avait pu lui trouver une place ailleurs. Il serait absurde et vain de vouloir tirer des conclusions définitives d'une circonstance simplement fortuite et d'un procédé qui dépend de la pure technique législative. Partant d'un point de vue identique, les auteurs de l'avant-projet avaient tenté d'ailleurs d'introduire une disposition nouvelle dans le code, aux termes de laquelle celui qui prétendait avoir conclu un porte-fort était tenu d'en rapporter la preuve, en démontrant qu'il ne s'agissait pas d'un cautionnement ². Suivant cette théorie, la volonté d'assumer un porte-fort n'aurait donc

¹ Cf. *SJZ*, vol. 34, 1938, p. 363, arrêt de la Cour d'Appel de Berne du 12.7.1937 : « Der Gläubiger kann eine Haftung des Bürgen nicht aus Art. 111 OR ableiten ; denn diese Bestimmung, welche den formfreien Garantievertrag regelt, kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn nicht die Bestimmungen über die im besondern Teil des Or. oder in einem Spezialgesetz eingehend geregelten speziellen Sicherungsverträge, usw., Anwendung finden müssen.

² Cf. *Rapport*, pp. 47 et 67 (ad art. 492).

pu se présumer chez le garant que si ce dernier avait été guidé par un intérêt indépendant de celui du créancier ; c'est dire que le législateur cherchait par tous les moyens à affaiblir la situation du porte-fort et à en atténuer la portée... Bien que cette disposition n'ait heureusement pas été retenue dans le texte définitif de la loi, elle reste une démonstration significative des tendances qui influençaient la revision.

En cherchant à brider ainsi le porte-fort et à favoriser à ses dépens le cautionnement — comme d'ailleurs en essayant d'élargir le sens de l'institution — le législateur compliquait encore les notions et les difficultés de l'interprétation. Du point de vue juridique, la seule solution possible, en fait, est de donner à chaque contrat son sens particulier et de préciser pour chaque garantie ses limites. On ne saurait mieux faire que de rappeler à cet égard un arrêt du Tribunal d'Empire allemand, cité par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui donne sa véritable solution au problème. Avec toute la netteté désirable, le Tribunal d'Empire a déclaré qu'à son avis *un acte de cautionnement devait s'interpréter selon les mêmes principes de liberté que n'importe quel autre contrat* ¹. En fait, c'est depuis la revision surtout qu'on a pu constater un raidissement qui a abouti au système des présomptions que nous venons de voir. En même temps, les tribunaux ont eu tendance à interpréter les contrats de garantie avec plus de rigueur et de sévérité. On espérait ainsi éviter que les règles impératives du cautionnement ne soient tournées trop facilement par les abus provenant de la substitution. Un arrêt de la Cour de Justice de Genève, rendu il y a quelques années, nous en donne une preuve tout à fait frappante ; il y était précisément question d'« actes juridiques proches du caution-

¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 5.2.1920 dans la cause Tinnauer c. Eidg. Zollverwaltung dans ATF 46 II 95 (*JdT*, 1920, p. 362 et *RGE*, vol. 62, n° 92. Précisant encore leur idée, les juges allemands ont déclaré que pour établir la volonté du garant, il fallait tenir compte, le cas échéant « des déclarations contenues dans le contrat aussi bien que des circonstances qui avaient présidé à sa conclusion ».

nement »¹, et nous y renvoyons en complément de cet exposé en tant que de besoin.

Si le problème de la simulation est intimement lié à celui de l'interprétation, cette interprétation n'est pourtant pas une fin en soi : elle représente simplement *un moyen de distinguer les différentes garanties entre elles*. Lorsqu'on est donc en présence d'un acte juridique donné, et que l'on se demande si l'on a affaire à un cautionnement ou à un porte-fort, toute la question dépend de la conception que l'on se fait de ces deux institutions. Les sûretés personnelles, comme nous l'avons vu, se distingueront essentiellement entre elles par leur nature juridique ; le critère du cautionnement par rapport au porte-fort ou à la reprise de dette sera donc, en tout premier lieu, celui du caractère accessoire ou indépendant de l'obligation (sans parler de la différence qui existe dans le contenu des obligations)². Forts de ces données, nous pourrions les appliquer à un cas déterminé. En tenant compte de la commune et réelle intention des parties, nous aurons en mains tous les moyens pour établir la véritable situation du garant. On s'appliquera alors à voir :

- a) si l'obligé est supposé répondre à côté d'une tierce personne du paiement de sa dette (ce sera un cas de cautionnement, CO art. 492) ;
- b) si l'obligé doit s'engager personnellement pour l'exécution de la prestation d'autrui (ce sera un cas de porte-fort, CO art. 111) ;

¹ En particulier de ceux qui, comme le porte-fort, étaient « susceptibles de garantir » l'exécution d'une prestation en la forme d'une somme d'argent». Cf. *Sem. Jud.*, 1950, p. 327. Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 21.10.1949.

² Cf. *SJZ*, vol. 30, 1934, p. 331, arrêt de la Cour d'Appel de Berne du 6.7.1933 : « Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen der Bürgschaft, dem Garantievertrag und der Schuldmitübernahme ist neben der Verschiedenheit des Versprechensinhaltes die Akzessorietät oder Selbstständigkeit der Verpflichtung » (cf. ATF 37 II 182 ; ATF 56 II 375 ; OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, ad art. 111 CO, n° 16 ; *RGE*, vol. 90, p. 417 ; STAUDINGER, *Commentaire BGB*, 9^e éd., II litt. e de l'introduction à la VII^e partie et n° 6 litt. b précédant le § 765).

c) si l'obligé doit, en fait, prendre la position d'un débiteur principal (ce sera un cas de reprise de dette, CO art. 175) ¹.

De manière un peu plus schématique sans doute, mais à partir des données identiques, on pourrait établir aussi la classification suivante ² :

a) *dans le cautionnement* :

on promet son propre fait et l'on s'oblige accessoirement ;

b) *dans le porte-fort* :

on promet le fait d'un tiers, mais on s'engage indépendamment ;

c) *dans la reprise de dette* :

on promet son propre fait et l'on s'engage indépendamment également.

Tels sont, dans les grandes lignes les critères de distinction qui s'appliquent aux principales formes de garantie. Dans la pratique pourtant, les types de contrats que l'on rencontre sont si nombreux et si divers qu'il n'est pas toujours possible de s'accommoder de définitions aussi sommaires. Fréquemment, les tribunaux ont été amenés à préciser le sens et la portée de ces institutions, et l'on trouve dans la jurisprudence de multiples exemples, qui serviront à nous guider dans notre appréciation. C'est ce qui ressort, entre autres, d'un arrêt du Tribunal d'Appel de Berne, où les juges avaient à se prononcer sur un cautionnement dans des conditions particulièrement difficiles d'interprétation. Procédant chaque fois par déductions et par étapes, les juges réussirent néanmoins à opérer une sélection entre les

¹ Dans le même arrêt qu'à la note précédente (SJZ, vol. 30, 1934, p. 331) : « ... Ob der Verpflichtete nach dem wahren Parteiwillen die Stellung eines vollen Hauptschuldners Obernehmen (Art. 175 OR) oder neben einem Dritten für die Erfüllung einer Schuld dieses letzteren (art. 452 OR) oder schliesslich ohne Rücksicht auf eine allfällige Verpflichtung eines solchen Dritten für die Erbringung einer wie immer gearteten Leistung durch den Dritten selbst eintreten sollte. »

² Cf. FJS, *Le porte-fort*, par le professeur BÉGUELIN.

principales formes de garantie, en s'appuyant sur les critères de distinction suivants ¹ :

1. *Reprise de dette.*

Les juges se demandèrent tout d'abord si l'acte juridique pouvait représenter une reprise cumulative de dette. Dans ce but, ils cherchèrent à savoir : *a*) si le garant avait lui-même pris part effectivement au marché, et *b*) s'il devait en partager les avantages. Dans l'affirmative, il devait très probablement s'agir d'une reprise de dette ². Mais ces conditions ne paraissaient nullement remplies en l'espèce, et il ne restait plus qu'à voir s'il pouvait s'agir d'un autre contrat.

2. *Porte-fort.*

La question d'un porte-fort pouvait également se poser. Du moment que l'expression de « *Garantieverpflichtung* » (ou « contrat de garantie ») figurait dans l'énoncé même de l'acte juridique, les juges pouvaient avoir aussi des raisons de penser que les parties avaient voulu contracter un porte-fort. Mais on sait déjà que la dénonciation choisie par les parties n'est jamais décisive en droit, et la seule chose que l'on pouvait dire en l'occurrence, était que le garant avait renoncé à son bénéfice de discussion (c'est-à-dire à l'*exceptio beneficium excussionis*, art. 495 CO) ; l'hypothèse d'un cautionnement simple devait donc être exclue.

En revanche, les autres circonstances du contrat ne permettaient pas d'affirmer à coup sûr que l'idée du garant n'avait pas été de conclure un porte-fort, autrement dit de s'engager pour une obligation indépendante. Mais il semblait ressortir de l'état de fait, ainsi que des preuves rapportées par les parties, que la garantie avait été avant tout conçue comme un engagement subsidiaire ; et « subsidiaire » non pas tant dans le sens d'un

¹ Arrêt du 6.7.1933 de la Cour d'Appel de Berne dans *SJZ*, vol. 30, 1934, p. 33 (le recours au Tribunal fédéral a été retiré par la suite par l'appelant).

² Cf. *STAUDINGER, Commentaire BGB*, 9^e éd. II, litt. b de l'introduction à la V^e partie ; *OSER-SCHÖNENBERGER, Commentaire CO*, rem. prélim. n^o 2, litt. a ad art. 175.

beneficium excussionis caractéristique du cautionnement simple que dans le sens d'une réserve faite en faveur du garant pour que celui-ci ne puisse être recherché que dans certaines conditions. Comme toutefois, l'obligation du garant était de nature subsidiaire, elle devait être aussi accessoire, conformément à ce que nous avons vu précédemment à propos de la nature juridique de la garantie. Mais en même temps, si la garantie était accessoire, il ne pouvait plus être question d'un porte-fort. Il ne restait donc plus d'autre solution que de songer à une troisième sorte de garantie : le cautionnement.

3. *Cautionnement.*

Dans cette éventualité, les juges se sont demandé enfin s'il ne s'agissait peut-être pas d'un contrat d'une espèce particulière, tenant à peu près le milieu entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire, et non expressément prévu par la loi (contrat *sui generis*). Avant la revision, une construction juridique de ce genre était possible en vertu du principe de la liberté des conventions ¹. Ainsi les juges, considérant l'état de fait à la base du contrat et la situation des parties, surent-ils voir finalement que l'acte conclu tendait à garantir la solvabilité du débiteur plutôt qu'à assurer un certain comportement de sa part. Or, cette garantie de la solvabilité du débiteur était précisément un élément caractéristique du cautionnement ; elle était même très exactement à l'opposé de ce qu'on aurait pu s'attendre dans un cas de porte-fort ². Il aurait donc fallu rapporter la preuve d'indices nettement contraires à ceux que nous avons cités pour pouvoir renverser la présomption de fait du cautionnement. Mais cela n'avait pas été fait dans l'espèce, et le Tribunal ne pouvait donc que conclure en faveur d'un cautionnement.

* * *

¹ L'arrêt en question est antérieur à la revision, et il n'y avait pas encore de droit impératif dans le cautionnement.

² Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, ad. art. III CO, n° 18.

Chaque garantie est donc soumise en principe à ses propres termes et à ses propres conditions. Ce sont, comme nous l'avons vu, ces éléments qui permettront d'analyser et de distinguer dans chaque cas les institutions. Mais tels qu'ils nous sont donnés aujourd'hui par la jurisprudence et la doctrine, ces critères ne sont pas toujours faciles à saisir. Il arrive qu'ils ne ressortent pas avec une netteté suffisante des données concrètes du cas et nous nous efforcerons, dans notre exposé, de les ramener à quelques notions claires, fondamentales, valant pour les trois cas principaux de garantie.

a) Dans la règle, on aura un *cautionnement* :

- si la banque (ou un tiers) déclare garantir accessoirement l'exécution de la prestation ;
- si la banque ne souscrit pas à une obligation indépendante, mais s'engage uniquement à titre personnel, dans le but de renforcer une dette déjà existante (et réglée par avance dans toutes ses formes) ¹ ;
- si au surplus la banque ne s'oblige pas à verser des dommages-intérêts, mais simplement à rembourser, le cas échéant, le montant équivalent de la dette ² ;
- si enfin la banque n'a pas d'intérêt direct au contrat, mais entend assumer spontanément une garantie comme un service qu'elle rend ou un mandat qu'elle exécute dans le cadre de ses affaires ³.

¹ La référence à un engagement du débiteur est un indice en faveur du cautionnement. La caution se joint au débiteur et double la dette d'un second engagement parallèle au premier.

² A vrai dire ce sont là plutôt des effets particuliers, liés aux institutions juridiques considérées, et qui ne changeront rien à la solution du problème. Voir cependant ATF 65 II 30 ; ATF 64 II 346 et ATF 56 II 375.

³ La gratuité de l'engagement (en l'absence de rétribution de la part du créancier) peut être un indice en faveur d'un cautionnement, mais pas nécessairement. Les avis sur ce point sont partagés. Cf. en particulier GUHL, *Droit des obligations*, p. 29 ; BECK, *op. cit.*, Introduction, pp. 14 ss. litt. b, n° 30 ; MADAY, *Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischem Obligationenrecht* (thèse, Berne, 1941), p. 161 et ATF 67 II 215.

Si toutes ces conditions se trouvent réunies en l'espèce, le juge pourra admettre, selon toute probabilité, qu'on a affaire à un cautionnement ¹.

Ce cautionnement ne sera *solidaire* que si les parties l'ont expressément voulu et déclaré dans l'acte ². Ainsi, en matière de garantie, la solidarité ne se présumera jamais; si en revanche, elle peut être prouvée, elle prévaudra même contre le porte-fort ³.

La distinction entre le contrat de garantie et le cautionnement se heurte, comme on sait, à de grandes difficultés dans la pratique. Les tribunaux ont parfois réussi à s'en tirer en s'appuyant simultanément sur plusieurs critères. Mais cette méthode n'a pas toujours donné les résultats attendus. Dans bien des cas, il est apparu que certains éléments du contrat pouvaient être en faveur du porte-fort alors que d'autres étaient en faveur du cautionnement. Le Tribunal fédéral l'a souligné lui-même, en faisant remarquer, dans un de ses arrêts, que cette distinction reposait malheureusement sur des critères trop souvent disparates et indépendants les uns des autres ⁴. La doctrine, de son côté, a relevé que, dans les conditions actuelles, la ligne de démarcation était à peu près impossible à tracer: les termes dans lesquels était rédigé l'art. III CO s'y opposaient mal-

¹ Cf. OFTINGER, *Über Bankgarantien*, dans *SJZ*, vol. 38, 1941, pp. 58 ss., IV.

² On n'est pas seulement en présence d'un cautionnement solidaire lorsque la caution se sert de l'expression « solidaire » ou de toute autre tournure équivalente, mais aussi lorsque la véritable intention de la caution était bien de s'engager directement et solidairement avec le débiteur principal (arrêt de la Cour d'Appel de Berne du 29.11.1947, dans *ZBJV*, 84, pp. 141 ss.). Puis encore dans un autre arrêt: « Celui qui, sans obtenir l'avantage d'une contre-prestation quelconque, assume une responsabilité solidaire doit, dans le doute, être tenu non pas pour un débiteur solidaire, mais pour une caution simple ». (Arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 16.2.1943, dans *Sem. Jud.*, 1944, p. 315).

³ Celui qui garantit « solidairement » la prestation d'un tiers met l'accent sur cette obligation, et s'oblige par conséquent, non pas comme garant au sens de l'art. III CO, mais bien comme caution solidaire selon l'art. 496 CO (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 12.7.1938 dans ATF 64 II 346; *JdT*, 1939, p. 167).

⁴ Cf. ci-dessus, chap. X, pp. 170 et 171, et arrêt du Tribunal fédéral du 18.11.1930, ATF 56 II 375 (Walliser Kantonalbank c. Mischlig und Kons.).

heureusement. Il n'existe donc aujourd'hui aucune base juridique absolument sûre pour une classification des garanties. Certains auteurs ont néanmoins cherché à faire appel à des moyens d'interprétation nouveaux. D'autres ont proposé que le cautionnement soit envisagé comme une garantie d'exécution de la dette, alors que le porte-fort serait regardé lui-même comme une garantie de l'existence (ou du fondement) de la créance¹. Sans doute, cette distinction était-elle justifiée dans son principe ; cependant, elle ne nous apprenait rien que nous ne sachions déjà, et surtout, elle ne jetait aucune lumière sur les cas les plus difficiles de l'interprétation — à la limite du porte-fort et du cautionnement. D'autre part, divers auteurs ont encore essayé de fonder une distinction en partant de l'objet de la garantie : tandis que dans le cautionnement, en effet, cet objet était *personnel* (puisque la caution était responsable, non pas de la dette, mais bien de la solvabilité du débiteur — c'est-à-dire en dernière analyse du débiteur lui-même), dans le porte-fort, cet objet au contraire était *réel* (puisque le garant restait personnellement en dehors du rapport juridique, et qu'il ne faisait que prendre sur lui les risques d'une opération conduite par un tiers². Mais Oser s'est opposé à cette manière de voir. Pour lui, le porte-fort devait représenter une notion beaucoup plus large ; dans la conception actuelle du droit suisse, en effet, la « prestation d'un tiers » (c'est-à-dire l'objet du contrat ou la « chose garantie ») devait s'entendre comme une notion s'appliquant à n'importe quelle personne, visant n'importe quel contenu et pouvant se rapporter à n'importe quel comportement juridique (positif ou négatif) (cf. art. 111 CO)³.

Cette notion de la « prestation d'un tiers » ne pouvait donc plus guère être utilisée, dans le droit positif, comme base de

¹ Cf. REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, p. 307 et STAUDINGER, *Commentaire BGB*, 9^e éd., II, p. 524, voir arrêt du Tribunal fédéral du 6.5.1911 dans la cause Luginbühl c. Mützenberg (ATF 37 II 182).

² Cf. GUGGENHEIM, *Der Garantievertrag*, p. 47 ss., STAMMLER, *Der Garantievertrag*, dans *Archiv. für ziv. Praxis*, vol. 69, pp. 1 ss., et REUSSER, *Der Garantievertrag*, pp. 34 et 61.

³ Cf. OSER, *Commentaire CO*, ad art. 111, rem. 1, chiffre 3.

distinction ; ceci d'autant moins que les contrats du cautionnement et du porte-fort, comme on sait, tendent tous deux à des fins identiques. L'un et l'autre visent en fait à la couverture d'un même risque ; dans les deux cas, il s'agira d'assurer l'exécution ou l'inexécution de la prestation d'un tiers ¹. Il est clair dès lors que l'objet du contrat ne saurait être un critère suffisant ; à lui seul, il ne permettra pas de tracer de limite, valable pour tous les cas, entre le porte-fort et le cautionnement. La seule solution consistera donc à revenir à la distinction traditionnelle des deux contrats, qui veut que l'obligation de la caution soit un contrat accessoire, alors que le porte-fort sera lui-même un acte indépendant. Enfin, nous ne pouvons mieux faire que de rappeler la formule dont s'est servi, récemment encore, le Tribunal fédéral, pour fixer ses limites à chaque institution : « Le critère distinctif, disait-il alors, réside en ce que le *porte-fort* donnera naissance à une obligation personnelle, en soi dépendante de la prestation promise par le tiers, et qui n'astreint pas le garant à l'exécution du fait promis, si ce tiers ne l'exécute pas, mais à des dommages-intérêts ; le *cautionnement*, au contraire, représente un engagement accessoire, qui obligera au besoin le garant à exécuter la prestation du débiteur principal en lieu et place de ce dernier ². »

b) On aura en second lieu un porte-fort :

- si la banque (ou tout autre tiers) déclare garantir la prestation du débiteur, en visant à assurer l'exécution comme telle de la prestation, et non pas à rembourser au créancier le montant de son intérêt à l'exécution ;
- si la banque (ou toute autre personne agissant comme garant) s'engage avec la seule intention de contracter une obligation indépendante, dépourvue de tout lien juridique avec la prestation ;

¹ Avec cette seule différence, négligeable, que dans le cautionnement ce tiers s'identifiera toujours avec le débiteur principal.

² Cf. ATF 65 II 30. (Cf. aussi ATF 56 II 375).

- si la banque (ou tout autre tiers) se déclare prête à indemniser le créancier de sa perte, à première demande, en cas de non-accomplissement de la prestation ;
- si la banque enfin (ou tout autre garant) se trouve directement ou personnellement intéressée au marché conclu.

Lorsque ces conditions se trouvent réunies en l'espèce, on peut admettre, en principe, qu'on aura un porte-fort. Parmi les critères énumérés ici pour le porte-fort, il convient d'accorder une attention spéciale à l'intervention personnelle du garant et à l'intérêt des parties. Ces deux éléments joueront un rôle décisif dans la formation du contrat. En effet, l'entrée en scène d'un tiers, appelé à renforcer de sa seule présence le rapport juridique, peut être regardée comme une des données décisives de cette garantie. C'est surtout en raison de la confiance que l'on met dans ce tiers et de l'influence qu'il pourra exercer pour l'exécution de la dette, que le créancier donnera sa préférence, le cas échéant, à ce contrat ¹. Le créancier compte, en fait, sur l'intervention personnelle du garant ; il espère, grâce à lui, pouvoir garder un certain contact avec le débiteur et réduire ainsi à un minimum les risques de l'opération. Mais c'est dire en même temps que le porte-fort représente, en tant que garantie, un engagement d'une portée beaucoup plus considérable que le cautionnement ; et c'est là que nous touchons à la seconde caractéristique du porte-fort : l'intérêt des parties. Nul doute qu'à l'instar du garant, la caution n'ait également un intérêt personnel à ce que le débiteur principal tienne ses engagements ; mais cet intérêt, par définition, sera toujours plus limité, plus restreint que celui du porte-fort ; il se confondra la plupart du temps avec l'exécution même de la prestation. Dans le porte-fort, au contraire, l'intérêt du garant dépassera largement le cadre

¹ On en aura souvent la preuve dans la manière dont l'engagement a été pris. « Si le garant signe le contrat de la même façon et au même endroit que le débiteur, par ex., son engagement sera très probablement celui d'un porte-fort, car des cautions n'agiraient normalement pas ainsi ». (Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 5.2.1946 dans la cause Stoll c. Semac dans ATF 72 II 19 ; *JdT*, 1946, p. 524).

de l'obligation ; il se modèlera sur un certain comportement du débiteur, qui devra répondre en tout point à l'attente du créancier. Un contrat de porte-fort sous-entendra toujours un ensemble de relations très étroites entre le garant et le débiteur ; ils auront donc partie liée et leurs intérêts se recouvreront mutuellement ¹.

Il ne semble pas, en revanche, que la rémunération accordée par le créancier au garant comme prix du service rendu puisse être regardée comme un critère distinctif du porte-fort. L'argumentation développée, sur ce point, par le Tribunal fédéral dans un arrêt postérieur à la revision, est quelque peu surprenante ². On ne saurait se rallier sans autre à l'opinion des juges, selon laquelle le porte-fort correspondrait à l'échange de deux prestations (et représenterait par conséquent un acte juridique bilatéral), tandis que le cautionnement s'entendrait uniquement comme la prestation d'un service à autrui (et représenterait donc un acte unilatéral). Certes, il n'est pas faux de dire que le porte-fort est en principe un acte rétribué, tandis que le cautionnement constitue une promesse faite simplement à titre gratuit. Mais cette règle n'a nullement une valeur absolue, définitive ; elle ne saurait, par conséquent, constituer un système de distinction valable pour les deux garanties. D'ailleurs, quand il est question de « l'intérêt des parties », comme d'une des données caractéristiques du porte-fort, il s'agit encore de s'entendre : cet intérêt n'a en l'espèce, aucun caractère pécuniaire ; il ne peut évidemment s'agir que de l'intérêt positif du garant à ce que le débiteur exécute son obligation conformément aux dispositions du contrat, ou si l'on veut, à ce que le marché finalement se réalise grâce à son intervention ³. La meilleure représentation que l'on puisse aujourd'hui se faire du porte-fort nous est donnée par un arrêt du Tribunal fédéral, qui a proposé la définition suivante :

¹ Cf. ATF 72 II 19) *JdT*, 1946, p. 524) ; GUHL, *op. cit.*, p. 29, et BECK, *op. cit.*, Introduction, pp. 11 ss., litt a, n° 22 *in fine*.

² Cf. *JdT* 1942, pp. 114 ss.

³ Dans l'avant-projet de la revision, la Division fédérale de justice avait expressément fait mention de cet « intérêt indépendant du garant »

Dans un contrat de garantie (porte-fort), le garant promet la prestation d'un tiers ; cette prestation consistera dans une certaine attitude positive ou négative, de fait ou de droit, à laquelle le garant doit, d'après la volonté des parties, engager le tiers à se conformer, étant entendu que le garant porte les risques de la carence du tiers et répond des conséquences dommageables qui peuvent en résulter ¹.

c) On aura enfin une *reprise de dette* :

- si la banque (ou un tiers) promet au créancier de s'acquitter de la dette d'autrui ² ;
- si la banque (ou le garant) prend cet engagement en qualité de débiteurs, c'est-à-dire en souscrivant à une obligation principale et directe ³ ;
- si le garant, en s'engageant, « adhère » à une dette déjà existante, autrement dit s'il manifeste clairement son intention de se substituer au débiteur, d'intervenir en son lieu et place et de payer, le cas échéant, dans des conditions déterminées ⁴ ;
- s'il existe enfin, sur le plan économique, une communauté d'intérêts, ou mieux une « solidarité », liant en fait le débiteur originaire au reprenant de la dette ⁵.

(cf. ad. art. 492, al. 2, p. 67). Cf. également BECK, *op. cit.*, Introduction, p. 13, n° 3, lit. 2, chif. 22 et les références qui y sont citées : ZBJV, 72, p. 232 ; 70, p. 501 ; 75, p. 521 ; 50, p. 261.

¹ Arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Stoll c. Semac (cf. ATF 72 II 19 ; JdT, 1946, p. 524), déjà cité.

² C'est le *constitutum debiti alieni* du droit romain. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 13.7.1916, dans ATF 42 II 260. Voir en outre deux arrêts de la Cour de Justice de Genève, dans *Sem. jud.*, 1931, p. 456, et *Sem. jud.*, 1934, p. 572.

³ Cf. REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, p. 290 ; ATF 40 II 40.

⁴ Cf. ci-dessus, chap. IX, pp. 115 ss. et VON TUHR, *Partie générale du CO*, p. 687.

⁵ « S'il existe chez celui qui donne sa garantie, en s'engageant personnellement pour la dette d'autrui, un intérêt important et immédiat à ce que le rapport obligationnel qui doit être garanti soit créé ou continué, on doit admettre alors qu'il ne s'agit pas d'un cautionnement, mais bien d'une reprise de dette indépendante ». (Arrêt du Tribunal fédéral du 19.11.1941, dans *Bl.Zür.R.*, 1941, n° 100). Voir également REICHEL, *op. cit.*, p. 276.

Lorsque ces différents éléments se trouveront réunis dans un même contrat, on pourra dire avec certitude que l'on aura une reprise de dette ¹. Il est clair, en effet, que cette forme de garantie se différenciera du cautionnement, parce qu'il lui manque cette donnée caractéristique qu'est l'« *Einstehen für eine fremde Schuld* » ². La reprise de dette cumulative ne saurait se concevoir comme un simple « engagement pour la dette d'un tiers », car elle représente une dette propre du reprenant, une dette supplémentaire si l'on peut dire, venant se greffer sur celle du débiteur pour la renforcer et la doubler. D'autre part, la reprise de dette ne saurait se comparer non plus à un porte-fort ; en effet, il n'entre point dans l'intention du reprenant de s'engager « pour le fait d'un tiers » (autrement dit de répondre de l'exécution de la prestation) ; son idée est simplement d'intervenir, s'il le faut, pour payer la dette en son nom, à la place de ce tiers. Dans le porte-fort, d'ailleurs, ce n'est pas la prestation comme telle qui est garantie, mais bien le risque d'inexécution de l'obligation par le tiers, risque qui ne peut donner lieu qu'à un règlement en dommages-intérêts. La reprise de dette apparaît donc très différente du porte-fort, puisqu'elle ne vise elle-même qu'à l'exécution de la prestation. En revanche, elle présente une similitude frappante avec l'engagement de « débiteurs solidaires ». La différence ici se réduira à très peu de chose. Le critère de distinction entre les deux institutions ne se marquera pas — comme on l'a dit souvent — dans le moment choisi pour la conclusion de l'acte (qui se trouve décalé dans le temps pour la reprise de dette, alors qu'il est simultané — en principe — pour l'engagement solidaire), mais bien dans la portée plus ou moins grande des deux contrats. Alors que la reprise cumulative n'englobe en fait que les seules dettes comprises dans le rapport d'obligation, l'engagement solidaire, lui, s'étend

¹ Cette reprise de dette ne peut naturellement se concevoir que comme une reprise cumulative, avec cet effet que le débiteur originaire (ou débiteur « repris ») restera solidairement obligé avec le nouveau débiteur ou « reprenant » (comparer les art. 175 et 181 al. 2 CO).

² Cf. chap. VIII, pp. 94 et 97 et chap. X, p. 172.

non seulement à toutes les obligations, mais encore à tous les droits « repris » du débiteur ¹. Ce sera donc plutôt une différence qualitative dans les termes du contrat qui nous permettra chaque fois de distinguer les deux institutions. Mais cette distinction reste purement théorique et sans intérêt pratique. D'un autre côté, il est intéressant aussi de noter que la reprise cumulative utilisée à fin de garantie pourra être parfois soumise à une condition : on aura alors une « reprise de dette conditionnelle » ².

Dans ce cas, le reprenant de la dette (garant) ne sera tenu de la prestation que s'il est prouvé que le débiteur originaire n'a pas rempli lui-même ses obligations, à la place prévue, par exemple. Une garantie de cette nature se rapproche en un certain sens d'un cautionnement simple, puisque ce dernier permet également à la caution de refuser de payer en vertu de son *beneficium excussionis*. Mais la reprise de dette s'en distinguera néanmoins, parce que l'obligation du reprenant reste une obligation principale et solidaire et qu'elle engendre des effets diamétralement opposés à ceux d'une obligation accessoire (cautionnement). Si la reprise de dette cumulative est destinée à faire naître un rapport d'obligation solidaire entre les parties (au sens des art. 143 ss. CO), l'objet de la garantie ne se rapportera pas à la personne même du débiteur, comme dans le cautionnement, mais uniquement à la prestation comme telle, promise par le stipulant. Comme la reprise de dette donne au surplus naissance à une obligation indépendante, le garant aura à répondre directement de la prestation vis-à-vis du créancier, sans égard aux rapports antérieurs qui peuvent exister entre le débiteur et le créancier (comme ce serait le cas dans le cautionnement). Enfin, le garant ne bénéficiera des exceptions personnelles que le débiteur peut avoir contre le créancier que dans la mesure limitée où la loi le permet pour les obligations

¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 19.11.1941, dans *Bl.Zür.R.* 41, n° 100.

² Cf. arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 2.4.1930, dans *JdT*, 1930, p. 158.

solidaires (art. 145 CO) ¹. Ainsi, malgré les ressemblances apparentes, la différence entre les deux courants reste considérable.

* * *

II. LA FRAUDE A LA LOI

Dans ce XII^e chapitre traitant de « la légitimité de la substitution, nous avons examiné en premier lieu le problème de la simulation en cas de substitution, et relevé comment les parties parviennent à dissimuler l'acte de cautionnement en lui donnant la forme d'un autre contrat (porte-fort, reprise de dette, etc.). Nous étudierons maintenant le cas de la fraude à la loi. Ici, la situation se présente très différemment. A l'opposé de ce que nous avons vu, les parties ont alors la volonté bien arrêtée de se lier par un autre contrat. Cependant, elles ne peuvent renoncer au cautionnement sans se heurter du même coup à la force obligatoire des prescriptions légales... Cela entraîne toute une série de conséquences juridiques, qui peuvent avoir une certaine importance pour la substitution de garantie.

La fraude à la loi n'est pas un produit du hasard, ni une invention des juges, puisqu'elle se trouve réglée spécialement dans le code à l'art. 20 CO. Elle n'est pas non plus un fait propre aux garanties et apparaît à l'occasion de multiples rapports du droit. Pourtant, c'est un phénomène bien connu de la vie juridique que les parties chercheront parfois à se soustraire à certaines dispositions du droit pour obtenir, par d'autres moyens, un résultat jugé plus avantageux. Mais en voulant échapper ainsi à la règle, il arrivera qu'elles entrent en conflit avec le principe de la fraude à la loi ; car l'objet du contrat peut devenir illicite ².

¹ Voir encore pour plus de détails ci-dessus, chap. VIII, pp. 82 ss., « L'obligation solidaire ».

² Voir à ce sujet *Bull. stén. C.E.*, 1940, p. 299 (rapporteur : N. Iten) ; VON TUHR, Partie générale du CO, pp. 222-223.

Pour bien situer la notion de la fraude à la loi dans l'ordre juridique, il sied de la distinguer tout d'abord de la « *violation de la loi* ». Entre ces deux termes, il y a une nuance qu'il importe de bien saisir. A la différence de la fraude à la loi, la violation de la loi (*Gesetzverletzung*) suppose qu'une prescription légale ait été directement violée, autrement dit que les parties aient enfreint un ordre ou une défense inscrite dans une règle de droit, dont les conditions d'application étaient effectivement remplies¹. Il ne saurait être question non plus de faire entrer la *fraus legis* dans la notion de la violation de la loi par une interprétation extensive ou téléologique de celle-ci. Car celui qui élude la loi ne « viole » pas la loi, mais il cherche à en tourner les dispositions pour obtenir le résultat prohibé par d'autres moyens (d'ailleurs également prévus et autorisés par la loi). Ainsi ce n'est pas la loi comme telle qui se trouve violée, mais c'est l'intéressé qui se met en contradiction avec son but. C'est donc une notion distincte du droit, une théorie à part, qu'il faut envisager.

L'acte passé *in fraudem legis* a été défini dans la doctrine comme « l'acte dont le but est illicite, parce qu'il se trouve lui-même en contradiction avec le but d'une disposition légale »². Cette définition correspond assez bien aux termes de la loi (art. 20 al. 1 CO) : elle implique *qu'il n'y aura de fraude à la loi que là où l'acte juridique conclu par les parties tend à éluder une prescription impérative*. Or, ce sera chaque fois une question d'appréciation que de savoir si la loi a été éludée ou non. Pour en juger, il faudra examiner, comme le déclare le Tribunal fédéral, si la règle considérée interdit absolument le résultat économique que les intéressés veulent atteindre, ou ne l'autorise que dans certaines limites qui échappent au droit de disposition des parties, ou au contraire si cette règle se borne à fixer les moyens d'obtenir un tel résultat, mais sans interdire ce résultat lui-même, en sorte que celui-ci peut être atteint licitement par

¹ Cf. MADAY, *op. cit.*, p. 29, § 4, I.

² KEEL, *Juristische Terminologie*. Voir aussi ATF 54 II 429 (*JdT*, 1929, p. 261).

d'autres voies ; dans ce dernier cas, rien ne s'opposera à l'utilisation de procédés nouveaux et l'on ne saurait parler d'invalidité de l'acte pour fraude à la loi ¹. Le Tribunal fédéral a jugé, par exemple, dans le cas d'une vente immobilière (qui est normalement soumise à la forme authentique) qu'il n'était pas interdit d'obtenir un résultat économique analogue (savoir un transfert régulier de la propriété avec inscription au RF) en ayant recours à un acte juridique différent, libre de toute forme, telle qu'une vente des actions d'une société immobilière². Rien ne sera plus facile dès lors que de faire un rapprochement entre cette solution et celle du cautionnement. En effet, dans ce contrat également (et pour les mêmes raisons), les parties auront avantage à remplacer, dans certains cas, la forme de sûreté qui leur est proposée dans la loi par d'autres modes de garanties.

Mais du moment que tous les contrats de garantie visent à un même résultat économique, et que ce résultat n'est nullement interdit par la loi, on en arrive tout naturellement à la conclusion qu'il n'y aura pas de fraude à la loi dans le cas de la substitution. Mais quelle justification théorique peut-on en donner ? Comment le problème se posera-t-il dans le cas des garanties ? Constatons tout d'abord, d'une manière tout à fait générale, que la question de la *fraus legis* se posera seulement si les parties ont véritablement et sincèrement voulu conclure un autre contrat que celui prévu par la loi, sans erreur ni simulation. On voit immédiatement que la question n'a qu'un intérêt subsidiaire. Mais elle surgira néanmoins dans tous les cas où il existera simultanément plusieurs types de contrats analogues, ayant des effets en partie semblables et en partie différents, en sorte que le résultat final ne changera guère, ou du moins que l'intérêt économique cherché par les parties sera susceptible d'être satisfait au moyen

¹ Cf. OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, ad art. 20, rem. 26 ; EGGER, *Personenrecht* ad art. 2, nos 40-41 ; ATF 54 II 429 (*JdT*, 1929, p. 261) ; ATF 56 II 195 (*JdT*, 1931, p. 599) ; arrêt du Tribunal fédéral du 22.I.1946 dans la cause S.A. Cira c. Ruttimann dans ATF 72 II 67 (*JdT*, 1947, p. 117).

² ATF 54 II 429 (*JdT*, 1929, pp. 261 ss.). Voir aussi ATF 45 II 35 (*JdT*, 1919, p. 230).

de l'un des contrats aussi bien que d'un autre. De plus, la question de la *fraus legis* supposera nécessairement aussi que la réglementation légale de l'un des contrats envisagés est en partie impérative¹. Ces conditions théoriques étant remplies dans le cas des garanties, la question de la fraude à la loi doit être envisagée. Elle est d'autant plus urgente et délicate, comme nous l'avons vu, que le cautionnement est soumis à des règles de forme plus strictes que les autres sûretés (qui y échappent pour ainsi dire complètement), et que ces garanties d'emprunt, d'autre part, sont à la fois plus faciles à conclure pour les parties qui s'engagent, et plus désavantageuses pour celui qui est appelé à devenir le garant.

Pour qu'on ait une fraude à la loi, *trois conditions* doivent être remplies². Il faut :

- une volonté frauduleuse,
- l'utilisation de moyens légaux,
- l'obtention d'un résultat illicite.

Nous raisonnerons dans l'idée que la première de ces conditions se trouve réalisée. Par hypothèse, en effet, nous admettrons que les parties savaient, au moment de conclure, qu'elles allaient *éluder la loi*, et que c'est donc sciemment qu'elles avaient substitué une autre garantie au cautionnement.

Le second élément de la fraude à la loi vise *les conditions de fait* qui se trouvent à la base du rapport de droit. Comme une règle juridique dépendra toujours de certaines conditions de fait (le « Tatbestand »), il suffira que les parties transforment ces conditions, en décidant de substituer un état de fait à un autre, pour que les termes du problème soient modifiés³. Mais en changeant ainsi l'état de fait, de manière que les conditions de la règle indésirable cessent d'être remplies, et que celles de la

¹ Les règles de droit dispositif, par définition, peuvent être écartées licitement ; il ne saurait donc y avoir de *fraus legis*. Cf. MADAY, *op. cit.*, p. 65.

² Cf. MADAY, *op. cit.*, p. 29.

³ Cf. MADAY, *op. cit.*, pp. 44 et 45.

règle nouvelle soient réalisées, les parties entrent dans l'illégalité ; elles se servent d'un moyen permis pour obtenir quelque chose de défendu. Et c'est là qu'est le détournement. Car on ne saurait, en droit, se servir de moyen permis que pour obtenir un résultat autorisé. Pour remédier à cet abus, le législateur a introduit dans le code la notion de la fraude à la loi, qui représente aujourd'hui, le seul moyen à la disposition des juges pour s'opposer à ces menées illégales. L'acte conclu étant extérieurement valable, il est clair que ce n'est pas l'examen des intentions manifestées, autrement dit du but poursuivi, qui permettra d'en attaquer la validité. Cependant, les auteurs ont très justement fait remarquer qu'en principe, les particuliers resteront toujours libres de fixer eux-mêmes leur attitude, soit qu'ils désirent remplir les conditions d'application d'une règle déterminée, en l'acceptant par avance dans toutes ses clauses, soit qu'ils préfèrent au contraire rejeter la règle envisagée, en s'arrangeant à ce que ses conditions d'application ne soient justement pas réalisées. Creusant encore cette idée, les auteurs ont décidé finalement que les intéressés resteraient maîtres ou bien de remplir les conditions qui déterminaient l'application d'une règle favorable à leurs intérêts, ou bien de rejeter cette même règle, lorsqu'ils estimaient que ses effets étaient nettement défavorables¹. C'est donc sous ces réserves qu'il conviendra d'admettre aujourd'hui l'application du principe de la fraude à la loi.

Quant à la troisième condition, nous avons vu qu'elle supposait *l'obtention d'un résultat illicite*. Pour qu'on puisse donc parler de *fraus legis* dans un cas donné, il faudra que le but de la règle éludée ait été ou rendu illusoire ou gravement compromis par l'état de choses réalisé. C'est la plus importante de nos trois conditions. La théorie de la fraude à la loi ne vise pas, en effet, comme n'importe quelle autre disposition du droit, à réprimer l'intention coupable des parties, mais elle se propose uniquement de sanctionner un état de fait prohibé. Encore faudra-t-il que

¹ Cf. MADAY, *op. cit.*, p. 38.

cet état de fait soit effectivement réalisé ; car, pour que le principe de la fraude à la loi puisse effectivement s'appliquer, l'obtention d'un résultat illicite est indispensable. Mais ce résultat dépendra à son tour de l'application de la règle nouvelle, substituée par les parties à la règle ancienne ; et c'est par l'application de cette règle nouvelle que les intéressés parviendront à un résultat auquel ils n'auraient pu atteindre, s'ils avaient accepté simplement de se soumettre à la règle éludée. Ce n'est pas toujours facile à voir dans la réalité. Car s'il est vrai que la règle éludée et la règle substituée ressortissent toujours au même domaine du droit (par ex. au droit des obligations), il reste aussi que le résultat obtenu apparaîtra parfois comme un simple effet secondaire ou dérivé de la règle substituée. D'autre part, les cas pourront varier à l'infini : tantôt ce sera une règle exceptionnelle et restrictive qui sera éludée par l'application de la règle générale, tantôt au contraire, ce sera la règle générale qui sera éludée par l'application d'une règle spéciale privilégiée¹. En fait, toutes les situations sont possibles ; et comme nous l'avons vu à propos de la simulation, tout demeurera avant tout affaire d'appréciation et d'interprétation.

Cette interprétation est d'ailleurs soumise par la jurisprudence et la doctrine à différents principes, que nous rappellerons ici brièvement². Lorsque la question de la fraude à la loi se pose, la première chose à faire est d'examiner quel est le but de la règle considérée. Une fois ce point établi, il doit être alors facile à dire, le cas échéant, si l'objet de la règle a été ou non rendu illusoire. Deux possibilités peuvent se présenter : ou bien la règle, par définition tend à réaliser un *certain résultat* matériel, voulu et prescrit par le législateur ; ou bien elle vise simplement à imposer *certains moyens* nécessaires, obligatoires pour les parties³. Dans cette dernière éventualité, l'hypothèse d'une fraude à la loi pour les garanties peut être sans autre exclue. Il

¹ Cf. MADAY, *op. cit.*, pp. 45 et 48.

² Cf. MADAY, *op. cit.*, p. 66.

³ Cf. ATF 66 II 26.

va de soi, en effet, que la règle, dont le but ne vise qu'à indiquer une certaine marche à suivre aux parties, ne saurait être compromise par le désistement ou l'abandon des intéressés. Tout autre, en revanche, est la situation, là où la règle éludée a pour but de produire un certain résultat. Dans ce dernier cas, il y aura fraude à la loi si l'on parvient à prouver *in concreto* :

- 1) que le résultat prohibé a été obtenu,
- 2) que l'état de choses réalisé porte sérieusement atteinte au but de la loi ¹.

On voit par ce qui précède que les conditions d'application de la fraude à la loi sont très strictes et que cette théorie n'a, somme toute, que peu de chances de s'appliquer au cas des garanties.

Quand le législateur, d'ailleurs, a muni de la sanction impérative certaines règles du cautionnement, ce n'était pas dans l'idée de rendre l'application comme telle de ce contrat obligatoire, mais simplement pour obliger les parties à se soumettre à certaines formes ou à satisfaire à certaines conditions ². Ainsi donc les prescriptions impératives du cautionnement porteront sur les moyens plutôt que sur les résultats, et l'on doit admettre que si les parties substituent d'autres dispositions au cautionnement, elles ne contreviennent pas aux injonctions du législateur d'avoir à utiliser telle garantie dans telle situation donnée, mais ne font en réalité que se mettre en dehors de la sphère d'application du cautionnement pour se placer dans l'orbite d'autres dispositions. Les règles impératives du cautionnement n'auront par conséquent force obligatoire que pour

¹ MADAY (cf. *op. cit.*, p. 66) relève à ce sujet que la distinction à faire entre les règles impératives qui visent un résultat et celles qui visent un moyen se retrouve partout dans la doctrine, expressément ou non, ainsi que dans la jurisprudence ; cependant, il arrive que le Tribunal fédéral ne mentionne pas expressément la fraude à la loi, tout en appliquant les principes sus-indiqués.

² Cf. SCHÜRMAN, dans *SJZ*, vol. 45, 1949, p. 201 : « ... das Bürgschaftsrecht lediglich ein bestimmtes Verhalten verbietet, nicht aber das Verbürgen an sich, das heisst das Einstehen für die Schuld eines Dritten ».

ceux qui acceptent de se soumettre librement aux dispositions du titre XX^e du Code des obligations ; pour les autres, ils y échapperont complètement et pourront à la rigueur utiliser d'autres moyens, comme nous l'avons vu précédemment ¹.

La question de la fraude à la loi se posera d'ailleurs souvent dans le cas de la substitution d'un aval au cautionnement. Lors des travaux préparatoires de la revision, les experts avaient déjà examiné cet aspect particulier du problème. Estimant que l'aval constituait une entité à part, entièrement distincte du cautionnement, ils avaient alors nié que le remplacement d'une garantie par une autre puisse tomber sous le coup de la fraude à la loi. Au contraire, ils avaient admis que si l'on interdisait aux parties d'éluder les dispositions impératives du cautionnement, et si l'on prononçait la nullité de ces opérations en vertu de l'art. 20 CO, on risquait de porter préjudice aux institutions appelées à remplacer le cautionnement ². Pour leur part, les rapporteurs aux Chambres fédérales en étaient arrivés à des conclusions en tout point identiques. A la question de savoir si l'on ne pouvait pas déclarer nuls les effets de change signés pour éluder les dispositions impératives du cautionnement, ils avaient répondu négativement. Non sans raison, ils considéraient, en effet, que les règles très strictes et formelles du droit de change empêchaient qu'un aval puisse être soumis aux dispositions nouvelles du cautionnement ³. La jurisprudence, de son côté, avait adopté exactement le même point de vue. Nous en avons eu, depuis la revision, de nombreux exemples. Ainsi, dans un arrêt assez récent (Herzberg c. Société de Banque Suisse), on a vu la Cour de Justice de Genève affirmer que les parties restaient libres de choisir entre le contrat de change et le contrat de cautionnement la forme d'acte qui leur convenait le mieux. « En fait, déclaraient les juges, même si le contrat de change a été choisi en lieu et place du cautionnement pour éluder l'exigence du consentement écrit du conjoint, ce ne

¹ Cf. ci-dessus, p. 223 ad note 1.

² Cf. *Message, FF*, 1939, II, p. 870.

³ Cf. *Bull. Stén. C.E.*, 1940, p. 238 (rapporteur : M. Bolla).

saurait être suffisant pour ôter à l'engagement d'aval sa validité ; car personne ne saurait empêcher que les parties se servent du mode de garantie soumis aux conditions les plus faciles à réaliser ¹. » Dans la doctrine, la même opinion a également prévalu. Schürmann, dans une étude très intéressante des problèmes soulevés par la substitution, tient une opération de ce genre pour valable, « puisqu'elle représente une conséquence normale de la distinction à opérer entre les deux contrats » ². Enfin, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que, très tôt après la revision, l'Association des banques locales et des caisses d'épargne suisses a conseillé à ses adhérents de se faire remettre, partout où c'était possible, des garanties fondées sur le droit de change (*Wechsel-erklärungen*) en lieu et place du cautionnement. C'est une autre indication utile à retenir.

Mais nous n'avons raisonné jusqu'ici que dans le cas de l'aval, c'est-à-dire dans le cas d'une obligation de change abstraite qui, à raison même de son autonomie et de son indépendance, échappe complètement aux dispositions du titre XX^e du Code des obligations ³. Mais puisque la substitution peut être admise pour ce contrat, il n'y a pas de raison de ne pas l'admettre non plus pour n'importe quelle autre sûreté personnelle. Car le principe reste le même ; et l'on ne voit pas pourquoi une reprise de dette — ou à la rigueur un porte-fort (puisque ce dernier donne également naissance à une obligation indépendante) — ne pourraient pas remplacer un cautionnement.

¹ Cf. arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 20.4.1943 dans *Sem. Jud.*, 1945, p. 38. Voir aussi TORQUEBIAU, *op. cit.*, p. 132, ainsi que les arrêts des Tribunaux français qui y sont cités. Dans son ouvrage, *Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht* (p. 66), ANDEREGG est plus réservé : il prévoit la nullité du contrat substitué si le cautionnement seul était voulu, mais quand même sa validité, si la volonté des parties était bien, en fait, de contracter une obligation plus étendue.

² ... « eine Folge des begrifflichen Unterschiedes zwischen den beiden Instituten » (cf. *SJZ*, vol. 45, 1949, p. 201 : *Aval und Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung*, von Dr. L. SCHÜRMANN).

³ Cf. GIOVANOLI, *Commentaire CO*, ad art. 492, rem. 16 ; voir aussi *SJZ*, vol. 40, 1944, p. 331 (arrêt de la Cour d'Appel de Zurich du 21.7.1944).

« A supposer, déclare Schürmann, que cette substitution corresponde bien à la volonté des parties, elle doit être admise et reconnue ». Et c'est encore l'opinion exprimée par Guhl, à cette différence près, toutefois, que cet auteur se place, lui, dans l'hypothèse de la substitution d'un engagement solidaire au cautionnement.

« Si, dit-il, les débiteurs solidaires n'ont pas l'intention d'éluder les prescriptions légales, et si le créancier ignore que la somme prêtée ne concerne que l'un des co-contractants (alors que l'autre n'est qu'un comparse), les dispositions sur le cautionnement ne sont pas applicables ¹. » L'obligation solidaire contractée dans ces conditions n'est donc pas soumise à la forme obligatoire et les débiteurs ne bénéficieront pas des dispositions spéciales protégeant la caution. Guhl fonde son argumentation sur la jurisprudence la plus récente, et en particulier sur celle du Tribunal fédéral. Avant la revision déjà, les juges du Tribunal fédéral avaient porté leur attention sur ce problème et opté pour la solution du simple bon sens. C'est aussi celle que devait retenir Guhl plus tard dans son *Commentaire* ². On peut donc sans autre se rallier aujourd'hui à cette manière de voir et reconnaître à cette opinion une valeur définitive.

Il reste à se demander, dans cette partie consacrée à la fraude à la loi, si la substitution de garantie ne tombera pas éventuellement sous le coup des dispositions régissant *l'abus de droit*. « On agit contrairement aux règles de la bonne foi et l'on commet un abus de droit, selon la définition qu'en donne le Tribunal fédéral, lorsqu'on agit contrairement au but voulu par les parties au moment même de la constitution du droit. » Et plus loin encore : « L'attitude de celui qui fait d'une réglementation contractuelle un emploi différent de celui qui était prévu, et complètement étranger au but qui lui était assigné,

¹ GUHL, dans *FJS, Cautionnement*, I, p. 2, et dans *Bürgschaftsrecht*, *op. cit.*, pp. 33 ss. BECK, au contraire, conclut de façon plus nuancée (cf. *Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, pp. 17 ss., n° 31).

² Cf. ATF 66 II 26.

constitue un abus de droit ¹. » On voit immédiatement que cette notion de l'abus de droit — régie et sanctionnée en droit suisse par l'art. 2 CCS — se rapproche beaucoup de la représentation que nous nous sommes faite de la fraude à la loi. Il arrivera même que ces deux notions se recouvrent, si grande est leur parenté. Dans les deux cas, en effet, l'intéressé fera un mauvais usage des droits qui lui sont octroyés. Mais il subsiste cette différence cependant, que dans la fraude à la loi l'intéressé cherchera à éviter un droit objectif (impérativement prescrit par la loi), tandis que dans l'abus de droit, il visera à éviter un droit subjectif (concernant seulement l'une des parties en cause). De plus, tandis que dans la fraude à la loi, ce même intéressé cherchera à obtenir un résultat prohibé — ou se servira, en vue d'obtenir un résultat autorisé, de moyens défendus — dans l'abus de droit, il observera à la lettre les dispositions de la loi, mais en même temps en violera le sens et le but ².

Mais peut-on dire que celui qui substitue une garantie à une autre risque de commettre un abus de droit ? Certainement non, si, comme nous l'avons vu, la substitution suppose toujours une entente préalable entre les intéressés. Car il est évident qu'en décidant d'un commun accord de substituer au cautionnement une autre garantie, les parties n'agiront jamais « à l'encontre du but cherché par les parties au moment de la conclusion du contrat ». C'est seulement au cas où l'un des co-contractants, après coup et à l'insu de l'autre, chercherait à faire passer la garantie pour autre chose qu'elle n'est en réalité que l'on pourrait parler d'abus de droit ³. Mais comme nous l'avons vu au chapitre précédent, on est déjà très loin, dans cette hypothèse, de la « substitution » au sens propre où nous l'entendons.

¹ Cf. ATF 54 II 429 (*JdT*, 1929, p. 261 ss.). Voir aussi EGGER, *Personenrecht*, ad art. 2, n° 38.

² Cf. SCHÜRMAN, dans *SJZ*, vol. 45, 1949, p. 201 (article déjà cité), qui renvoie lui-même à EGGER, *Personenrecht*, ad art. 2, n°s 40 et 41.

³ Un arrêt du Tribunal fédéral du 15.9.1938 nous éclaire sur ce point : cf. ATF 64 II 284 (*JdT*, 1939, p. 99 et *Sem. Jud.*, 1939, p. 272). Voir aussi VON TUHR, *Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht*, dans *SJZ*, vol. 19, 1923, p. 225.

La question d'un abus de droit ne pourrait alors se poser que si la caution tentait de se prévaloir de l'exception de nullité de la garantie dans une instance. Il est probable que le fait que la caution invoque un vice de forme devant les juges, tandis que le créancier croyait de bonne foi avoir affaire à une autre garantie (dispensée de la forme obligatoire du cautionnement), pourrait être regardé comme un abus de droit au sens de l'art. 2 CCS¹. Mais la question sort déjà du cadre de notre étude et n'intéresse plus ici la substitution.

Quant aux cautionnements passés par des parties à l'étranger dans le but de se soustraire à certaines prescriptions impératives de la loi, ils pourront constituer aussi un autre cas d'abus de droit. On sait que dans la théorie du Droit International Privé, un acte juridique est en principe soumis à la règle du lieu de sa conclusion, selon la règle *lex locus regit actum*. Comme toute garantie contractée dans ces conditions serait contraire à l'ordre public, l'acte pourrait naturellement être frappé de nullité. Mais des cas de ce genre seront plutôt rares. De plus, s'ils peuvent être un moyen habile d'échapper au nouveau droit du cautionnement, ils n'ont plus rien à voir avec la substitution. Qu'il nous suffise donc de renvoyer aux travaux de Domke et d'Anderegg, qui ont eu l'un et l'autre l'occasion d'examiner cette question en détail².

Quant à nous, nous terminerons ce chapitre qui est aussi le dernier de notre travail — avant la partie bibliographique — en concluant que : l'abus du droit, pas plus que la fraude à la loi, ne nous semble aujourd'hui pouvoir être opposé au principe de la substitution ; et que, dans la règle, la substitution de garantie doit être admise et reconnue, parce qu'elle ne va à l'encontre d'aucun principe législatif à la base de notre droit.

¹ C'est précisément le cas envisagé par BECK. *Das neue Bürgschaftsrecht*, Introduction, pp. 17 ss., lit. c, n° 31, qui renvoie lui-même à OSER-SCHÖNENBERGER, *Commentaire CO*, ad art. 493, n° 18.

² Cf. DOMKE, *Le Projet suisse sur les conflits de lois en matière de cautionnement* et ANDEREGG, *Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht*, pp. 66 ss.

BIBLIOGRAPHIE

- A. BULLETINS ET PÉRIODIQUES
- B. TRAITÉS ET COMMENTAIRES
- C. ETUDES ET MONOGRAPHIES

BIBLIOGRAPHIE

A. BULLETINS ET PÉRIODIQUES

1. Législation

Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse, Berne.
Loi fédérale du 10 décembre 1941, portant revision du titre XX^e du Code des obligations (Le cautionnement), (dans *Recueil officiel des Lois fédérales*, 1942, pp. 279 ss.).

Feuille fédérale, Berne. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi revisant le titre XX^e du Code des Obligations du 30 mars 1911 (Du cautionnement), (dans *Feuille fédérale* 1939, vol. II, pp. 857 ss.).

Rapport. Avant-projet de la Division fédérale de justice sur « La Revision de la législation en matière de cautionnement ». Juin 1937.

Protocole et avant-projet II de la Commission d'experts du 11 mars 1939 et Protocole des Conseils législatifs sur le projet de loi du cautionnement du 24 avril 1939 (dans *Schönenberger*, vol. 20, p. 1787).

Bulletins sténographiques officiels de l'Assemblée fédérale (Conseil national, Conseil des Etats), Berne.

Circulaire du Département fédéral de Justice et Police aux gouvernements cantonaux touchant l'entrée en vigueur du nouveau droit de cautionnement, Berne (dans *Feuille fédérale* 1942, p. 287).

2. Périodiques

Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne, Recueil officiel.

Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zurich.

Journal des Tribunaux et Revue judiciaire, Lausanne.

Juristische Wochenschrift, Leipzig et Berlin.

Recueil officiel des arrêts du Tribunal d'Empire allemand.

Praxis des Bundesgerichtes, Bâle.

Semaine Judiciaire, Genève.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, und Monatsblatt für Bernische Rechtsprechung, Berne.

Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue suisse de Jurisprudence), Zurich.

Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bâle.

Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift zur Besprechung von Rechts-, Steuer- und Wissenschaftsfragen der Aktiengesellschaften, Zurich.

Dalloz. Recueil périodique et critique de jurisprudence, Paris.

Reichsgericht. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin.

Bank-Archiv. Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, Berlin.

3. Statistiques

HANDBUCH DES BANK-, GELD- und BÖRSENSWESENS DER SCHWEIZ.
ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS, Rapports annuels, Bâle.

BANQUE NATIONALE SUISSE. *L'année bancaire en Suisse* (Das Schweizerische Bankwesen) (un volume par an). Zurich.

SOCIÉTÉ DES NATIONS. *Les banques commerciales 1929-34* (Service d'études économiques), Genève.

Monnaies et banques 1942-44 (Statistiques internationales), Genève.

B. TRAITÉS ET COMMENTAIRES

* L'astérisque indique les ouvrages consultés

* BECK, Emil. *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zurich 1942.

* BECKER, H. *Kommentar zum Schweiz. Obligationsrecht*.

* CAPITANT, Henri. *De la cause et des obligations*, Paris, 1924.

* CAPITANT, Henri. *Vocabulaire juridique*, Paris, 1936.

- * DAEPPEN, Oscar. *Le Code fédéral des Obligations interprété par la jurisprudence du Tribunal fédéral* (édition française, traduction de Ch. Reymond).
- * DESSAU, W., etc. *Das B.G.B. mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes*, Berlin, 1934.
- * EGGER, A. *Kommentar zum Z.G.B.*
- * ENNECCERUS, KIPP & WOLF. *Uhrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1932.
- * FICHES JURIDIQUES SUISSES, Genève.
- * FLEINER, Fritz. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*. Zurich, 1939.
- * FUZIER, Ed. *Répertoire général alphabétique du Droit français*, Paris, 1900, vol. XXIII.
- * GMÜR, Max. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Berne, 1923.
- * GUHL, Théo. *Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz*, Zurich, 1942.
- * HAMEL, Joseph. *Banques et opérations de banque* (2 vol.), Paris, 1933-43.
- HUBER, Eugen. *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Bâle, 1893.
- * JAEGER, Charles. *Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Genève-Lausanne.
- * KURZ & BACHMANN. *Die Schweizerischen Grossbanken — Ihre Geschäftstätigkeit und wirtschaftliche Bedeutung*, Zurich et Leipzig, 1929.
- LYON-CAIN & RENAULT. *Manuel du droit commercial*, Paris, 1924.
- * OSER-SCHÖNENBERGER. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1936 et 1945.
- M. PALYI & P. QUITTNER. *Handwörterbuch des Bankwesens*, Berlin, 1933.
- * PLANIOL & RIPERT. *Traité pratique du Droit civil français*, Paris, 1952.
- * ROGUIN, Ernest. *La science juridique pure*, Lausanne, 1923.
- * SALEILLES, Raymond. *Théorie générale de l'obligation*, Paris.
- * SCHLEGELBERGER, Franz. *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht*, Berlin, 1931 (3^e vol., p. 593, Andreas Schwarz « Garantievertrag und Bürgschaft »).

- * STAUB, Hermann. *Kommentar und Handelsgesetzbuch*.
- * STAUDINGER, J. von. *Kommentar zum Bürgerlichergesetzbuch*, Munich, 1929.
- * TUHR, Andreas von. *Der Allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, Munich et Leipzig, 1918.
Partie générale du Code fédéral des obligations (trad. par M. de Torrenté et E. Thilo, Lausanne, 1929).
- * TUOR, Charles. *Le Code civil suisse* (trad. H. Deschenaux, 2^e éd. Zurich).

C. ETUDES ET MONOGRAPHIES

* L'astérisque indique les ouvrages consultés.

- * AEBY, Pierre. *Comment naît une loi. Le régime du cautionnement*. (Discours du recteur, Fribourg, 1939).
- * AESCHLIMANN, Otto. *Kreditgeschäft und Kreditvertrag*, thèse, Berne, 1925.
- * ANCEY, César. *Les risques de crédit — L'assurance des crédits commerciaux*, Paris, 1926.
- * ANDEREGG, Karl. *Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht*, thèse, Berne, 1943.
- * ARMINJON & CARRY. *La lettre de change et le billet à ordre*. Lausanne, 1938.
- * BACHMANN, Gottlieb. *Geld- und Kreditsystem der Schweiz* (Festgabe zum 70. Geburtstag, 1944).
- BARRIOL, Alfred. *Théorie et pratique des opérations financières*, Paris, 1914.
- * BAUDIN, Louis. *Le crédit*, Paris, 1934.
- BAUER-MENDELBERG. *Bürgschaft, Schuldmitübernahme und Garantievertrag*, Berlin, 1930.
- * BECK, Emil. *Die Revision des Bürgschaftsrechts* (dans *Neue Zürcher Zeitung*, février-mars-avril 1935).
Die Bürgschaft im internationalen Privatrecht der Schweiz, Berne, 1935 (dans *ZBJV*, vol. 71, pp. 514 ss.).
- * BÉGUELIN, Edouard. *Le Porte-Fort* (dans *Fiches juridiques suisses*).

- BENDIX. *Der Kreditauftrag nach dem BGB* (dans *Archiv für bürgerliches Recht*, 20, p. 155).
- BENKLER. *Der Schutz des Bürgen nach schweizerischem Recht in Vergleich zum Deutschen und Französischen Recht*, thèse, Bâle, 1935.
- * BERGMAIER, Hans. *Die Sicherungszession im Schweiz. Recht*, thèse, Zurich, 1945.
- BIASIO DE, Albino. *Der Übergang der Gläubigerrechte auf den Bürgen und dessen Regressrechte*, thèse, Berne, 1944.
- * BOSSHART, Fritz. *L'interprétation des contrats*, thèse, Zurich, 1939.
- * BOUCHET, J. *La garantie des crédits commerciaux et l'assurance-crédit*, Paris, 1925.
- BREUREL. *Schuldübernahme zur Bürgschaft*, 1926.
- * BUTSCHER, Ludwig. *Krediteröffnungsvertrag und Kontokorrentvertrag*, thèse, Bâle, 1938.
- * CAVIN, Pierre. *La revision de la législation en matière de cautionnement* (dans *JdT*, 1938, pp. 289-305).
Le nouveau droit du cautionnement (dans *JdT*, 1942, pp. 34 à 53 et pp. 381 ss.).
La nature juridique des obligations du créancier dans le nouveau droit du cautionnement (dans *ZSRnF*, vol. 63, p. 280).
- * COLLET, Jules. *Du caractère de la garantie en matière de cession de la créance dans le droit civil*, thèse, Lyon, 1904.
- COMMENT, Albert. *Le dépôt d'épargne et la compensation de la créance de la banque contre la volonté du déposant* (dans *SJZ*, vol. 33, année 1936, p. 65).
- * DOMKE, Martin. *Le projet suisse sur le conflit de lois en matière de cautionnement*, Paris, 1935.
- * DOMKE, Martin. *Les garanties de tiers dans les emprunts internationaux*, Paris, 1936.
- * DUDAN, Philippe. *Le principe de la spécialité de la créance garantie par gage*, thèse, Lausanne, 1948.
- * DUDENHAUSEN, W. *Bürgschaft und Garantievertrag unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis*, thèse, Königsberg, 1936.
- * DUPERRÉX, Emile. *Cautionnement et crédit* (dans *Semaine judiciaire*, 1942, p. 81).

ECCIUS. *Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat* (dans Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, vol. 46, pp. 55 ss.).

* FALLOISE. *Traité des ouvertures de crédit.*

FREY, Hans-Ueli. *Die Voraussetzungen der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes*, thèse, Zurich, 1943.

GADMER, Paul. *Solidarschuldner u. Bürge nach schweizerischen O.R.*, thèse, Zurich, 1929.

GAMBERO, H. *Le crédit de banque*, 1931.

GEIB, Otto. *Zur Dogmatik des Römischen Bürgschaftsrecht*, Tübingen, 1894.

* GIOVANOLI, Silvio. *Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht*, Berne 1942 (dans *Commentaire du droit des obligations* de Becker, vol. 6).

Ausgewählte Fragen aus der Revision des schweizerischen Bürgschaftsrechts (dans *ZBRnF*, vol. 60, pp. 205 ss.).

GIRTANNER, Wilhelm. *Die Bürgschaft nach gemeinen Zivilrechte historisch-dogmatisch dargestellt*, Jena, 1851.

GUGGENHEIM, Edwin. *Der Garantievertrag*, thèse, Zurich, 1917.

* GUHL, Théo. *Vom Bürgen* (Rektoratzrede), Berne, 1939.

* GUHL, Théo. *Cautionnement* (dans *Fiches juridiques suisses*).

GUT, Gottlieb. *Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen nach neuem Recht*, thèse, Berne, 1941.

HAEUSLER, Walter. *Bürge und Selbstzahler* (dans *ZSRnF*, vol. 9, pp. 68 ss.).

HAEUSLER, Walter. *Die Haftung des Bürgen für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden Schaden*, thèse, Bâle, 1947.

HALLBAUER, Max. *Die Bürgschaft und verwandte Rechtsgebilde im Bankverkehr* (dans *Bankarchiv, Zeitschrift für Banken und Börsenwesen*, Berlin, 1907, pp. 7, 308, 321, 337).

HASLER, Georg. *Die Schuldübernahme in der Theorie und im Schweizerischen Recht*, thèse, Zurich, 1911.

HAUCK, Julius. *Über Bürgschaft, ihre Arten und verwandte Verträge*, thèse, Leipzig, 1910.

* HAVEN, J. & Th. *Le crédit de banque par la surveillance du risque.*

HEGG, Fritz. *Die gewerblichen Bürgschaftsgenossenschaften in der Schweiz*, thèse, Berne, 1932.

- HEILBRUNN, O. *Auslegung nichtiger und unbilliger Klausen der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken*, thèse, Francfort a/M, 1929.
- * HENRY, Max. *La revision de la législation en matière de cautionnement* (Protocole de l'assemblée des juristes suisses, 1935, pp. 145 ss.) (voir aussi ZSRnF, vol. 54, p. 145 ss.).
- * HEROLD, Hermann. *Das Kreditgeschäft der Banken*, Hambourg, 1937.
- HERZFELDER, Emil. *Das Problem der Kreditversicherung*, Leipzig 1904.
- * HUC. *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*.
- * JOHR, Adolf. *Die Schweizerischen Grossbanken und Privatbankiers*, Zurich, 1940.
- * KADERLI, Rudolph. *Die Sicherung des Bankkredites*, thèse, Berne, 1938.
- * KAEFERLEIN, Hans. *Der Bankkredit und seine Sicherungen*, 5^e édition, Nuremberg, 1925.
- * KELLER, Th. *Probleme der Finanzierung von Industrie, Gewerbe und Handel* (dans Festgabe für G. Bachmann).
- KIEFER, E. A. *Garantievertrag und Bürgschaft in ihrer gegenseitigen Angrenzung*, thèse, Bâle, 1933.
- * KIHM, Max. *Die Kreditübertragung im Bankverkehr*, thèse, Berne, 1934.
- KILLIAS, Laurent. *Die Exportrisikogarantie des Bundes*, Zurich 1946.
- KLAUSING, Friedrich. *Der Krediteröffnungsvertrag* (dans *Zeitschrift für aust. und internat. Privatrecht*, VI, 1932, Sonderheft).
- * KOCH, Arwed. *Kredit im Recht* (aus der Bankpraxis), Jena, 1925.
Banken und Bankgeschäfte (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse), 1931, Jena.
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Jena, 1932.
- KOESTLICH. *Der Kreditvertrag als Garantievertrag* (im Römischen und Bürgerlichen Recht), thèse, Würzburg, 1912.
- KROENER, Wilhelm. *Der Garantievertrag und seine Abgrenzung von der Bürgschaft*, thèse, Erlangen, 1911.
- KUNG, Heinrich. *Die Kreditprüfung*, 1941.

- * LARDELLI, Albert. *Beiträge zum Bürgschaftsrecht* (dans SJZ, vol. 26, année 1929, pp. 93 ss.).
- * LARUE, Auguste. *Etude sur le crédit personnel*. Lyon, 1902.
- LAUBER, HANS. *Die Verbürgung von Kaufverträgen* (dans SJZ, vol. 20, année 1924, p. 317).
- * LAUFENBURGER, Henry. *Enquête sur les changements de structure du crédit et de la banque*, Paris, 1940.
- LEMKE *Der Personalkredit*, 1922.
- LERCH & TUASON. *Die Bürgschaft im Schweizerischen Recht*. Zurich, 1936.
- * LESTAPIS DE, Pierre. *La notion juridique de crédit* (étude de droit civil français), thèse, Bordeaux, 1940.
- * LIENHART, E. E. *Die Bürgschaft und andere Sicherungsverträge*. Zurich, 1938.
Sicherungsmöglichkeiten für den Gläubiger. Zurich. Verlag Gropengiesser.
- * MADAY, Denis. *Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht*, thèse, Berne, 1941.
- MEYER, Johan. *Die Dividenden und Zinsgarantie bei Aktiengesellschaften*, Aarau, 1915.
- MEYERHOFER, E. L. *Rechtsnatur und Verbindlichkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen mit besonderer Berücksichtigung der Bankbedingungen*, thèse, Rostock, 1927.
- MOLT, Walter. *Der Kreditversicherungvertrag*. Stuttgart, 1913.
- * MONTARNAL, Henri. *Traité pratique du contentieux commercial de la banque et de la bourse*, 1925.
- MULLER, Emile. *Die Solidarbürgschaft und die Reform des Bürgschaftsrechts* (dans SJZ, vol. 36, 1940, pp. 277 ss.).
- MULLER, Gustav. *Der Kreditvertrag, als mandatum qualificatum...*, thèse, Zurich, 1926.
- * NUSSBAUMER, Lucien. *Subrogation et recours de la caution lors du concours des sûretés personnelles et réelles dans le nouveau droit de cautionnement*, thèse, Fribourg, 1945.
- * OPTINGER, Karl. *Über Bankgarantien* (dans SJZ, vol. 38, 1941, p. 58).
Die Haftung des Bürgens für die gesetzlichen Folgen des Verschuldens oder Verlanges des Hauptschuldners (dans *Festgabe für Fleiner* 1937, pp. 175 ss.).

- * OFTINGER, X. *Die Vertragsfreiheit* (dans *Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*, p. 315).
- * PAGET, John. *The Law of Banking*, London, 1922.
- PENGLAOU, Charles. *Le crédit de banque*, Paris, 1931.
- * PETIT & VEYRAC. *Le crédit et l'organisation bancaire*, Paris, 1938.
- PINCUS, Hans. *Zur Lehre von den Bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäften*, thèse, Rostock, 1907.
- PRIESTER, Heinz. *Der Garantievertrag*, thèse, Berne, 1935.
- RAAFLAUB, Alfred. *Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr*, thèse, Berne, 1932.
- * REICHEL, Hans. *Die Schuldmitübernahme*, thèse, Munich, 1909.
Zum Bürgschaftsrecht (dans *SJZ*, vol. 10, année 1913, p. 47) ;
vol. 11, année 1914, p. 104 ; vol. 13, année 1916, p. 211 ;
vol. 17, année 1920, p. 177 ; vol. 18, année 1922, p. 265 ;
vol. 20, année 1923, p. 173 ; vol. 29, année 1932, p. 3.
- REIN, Walter. *Die Voraussetzungen der Bürgschaft im Schweiz. Recht mit besonderer Berücksichtigung der Revisionsforderungen*, thèse, Jena, 1937.
- REUSSER, Samuel. *Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen*, thèse, Berne, 1938.
- RIECK, Ernst. *Die Bürgschaft in der Rechtssprechung des Reichsgerichts*, thèse, Cologne, 1933.
- * RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935.
- ROSSEL, Virgil. *Le porte-fort en droit fédéral* (dans *JdT*, 1938, pp. 465 ss.).
- ROTH. *Über das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bei der Kontokorrentbürgschaft* (dans *Leipziger Zeitschrift*, 1910, pp. 335 ss.).
- ROTHENBERG. *Der Kreditauftrag* (dans *Archiv für zivil Praxis*, vol. 77, pp. 323 ss.).
- * ROWLETT. *Principal and Surety*, 3^e édition, Londres, 1936.
- * RUTZ, Alfred. *Die Dividendengarantie*, thèse, Fribourg, 1928.
- * SCHIESS, Edmond. *Comptes transitoires, comptes d'actifs, comptes de cautionnement*, Genève, 1937.
- * SCHÜRMANN, Léo. *Aval und Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung* (dans *SJZ*, vol. 45, année 1949, pp. 200 ss.).

- SCHULZE, Hans. *Garantievertrag* (dans *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, herausgegeben von Schlegelberger, vol. III, pp. 593 ss.), Berlin, 1931.
- SCHUSTER. *Der Rechtsbegriff der durch Garantievertrag begründeten Garantien*, 1929.
- SCHWARZ, Andreas B. *Bürgschaft* (dans *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* herausgegeben von Schlegelberger, vol. III, pp. 596 ss.), Berlin, 1931.
- SCHWEDES, Willi. *Grenzen der Vertragsfreiheit im Verkehr zwischen Bank und Kunden*, thèse, Marburg, 1933.
- SEILER, Walter. *Das Regressrecht des Bürgen*, thèse, Zurich, 1924.
- * STAEHELIN, Max, Sr. *Bürgschaft und Aval* (dans Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bâle, 1942).
- * STAEHELIN, Max, Jr. *Z.G.B. Art. 812 Abs. 1 und die negative Hypothekarklausen* (dans Festgabe zum Schweizerischen Juristentag), Bâle, 1942.
- STAHEL, Max. *Die Konventionalstrafe mit spezieller Berücksichtigung des Schweiz. O.R.*, thèse, Zurich, 1898.
- STAMMLER, Rudolf. *Der Garantievertrag* (dans *Archiv für Zivilpraxis*, col. 69, pp. 1 ss.). *Garantievertrag* (dans *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, sub. 4. v.)
- STAUDACHER. *Bürgschaft und Garantievertrag*, 1925.
- * STAUFER, Wilhelm. *Die Revision des Bürgschaftsrechts* (dans *ZSRnF*, vol. 54, année 1935, pp. 1a ss.).
- * STEFAN, Basile. *Des différentes sûretés personnelles et de leur évolution favorable à l'application de la solidarité*, thèse, Paris, 1900.
- STEIN, Rudolf. *Der Garantievertrag als Nebenvertrag*, thèse, Marburg, 1911.
- * STEINER, E. *Die Bürgschaften der Aktiengesellschaft* (dans *Schweiz. A.G.*, vol. 22, p. 73).
- STEINLE, Peter. *Die Eingehung einer Bürgschaft in der Voraussetzung des Eintritts weiterer Bürgen nach Art. 497, Abs. 3 O.R.*, thèse, Bâle, 1948.
- STOOS, Alfred. *Der Anspruch des Bürgens auf Diligenz des Gläubigers nach O.R. insbesondere Art. 508* (dans *ZBJV*, vol. 47, p. 473).
- * TERREL & LEJEUNE. *Traité des opérations commerciales de banque*, 3^e édition, Paris, 1921.

THALMANN, Alfred. *Das Wesen der Bürgschaft des Schweizerischen Obligationenrechtes, geprüft auf Grund der geschichtlichen Bürgschaftsformen*, thèse, Berne, 1920.

* THILO, Emile. *De l'engagement du porte-fort et du maximum de l'engagement de la caution* (dans *JdT*, 1939, pp. 175 ss.).

TOBLER, Hans. *Der Schutz des Bürgens gegenüber dem Gläubiger nach Schweizerischem Recht*, thèse, Berne, 1926.

* TOPHAM, A. F. *The usual forms of banking securities and guarantees and their legal effects* (dans *Journal of « The Institute of Bankers »*, London, 1930, p. 265).

* TORQUEBAU, Henri. *Les garanties en matière d'ouverture de crédit*, thèse, Montpellier, 1930.

* THUR, von, Andreas. *Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht* (dans *SJZ*, vol. 19, 1923, pp. 225 ss.).

Zum Regress des Bürgens (dans *ZSRnF*, vol. 42, p. 101).

* TURLEY, Werner. *Die Akzessorietät der Bürgschaft im Recht des C.C.F. unter vergleichender Darstellung des Deutschen Rechts*, thèse, Halle, 1931.

* VERGNES, Albert. *De la garantie dans les contrats à titre onéreux*, Toulouse, 1935.

VISCHER, Wilhelm. *Der Rückgriff des Bürgens nach Schweizerischem O.R.* (dans *ZSRnF*, vol. 7, p. 1).

WANNER, Otto. *Rechtsnatur und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen der schweizerischen Grossbanken*, thèse, Zurich, 1938.

WAVRE, André. *Le porte-fort en droit fédéral*, thèse, Berne, 1898.

WEBER. *Die Schuldmitübernahme und Bürgschaft* (Unterschied und Abgrenzung), thèse, Bâle, 1937.

WEGELIN, Andreas. *Der Schutz des Bürgens gegen Betreibung durch Leistung von Realsicherheiten*, thèse, Berne, 1943.

Revision des Bürgschaftsrechtes (dans *Neue Zürcher Zeitung* du 5.9.35).

WESTERKAMP, W. *Bürgschaft und Schuldbeitritt*, thèse, Marburg, 1907.

WIENSTEIN. *Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag ?* (dans *Archiv für bürgerliches Recht*, vol. 31, pp. 1 ss.).

WIESENDANGER, Albert. *Über das Aval*, thèse, Zurich, 1917.

- * YUNG, Walter. *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse*, thèse, Genève, 1930.
- * ZIMMERMANN, Harry. *Aval-Rechtsfragen* (dans SJZ, vol. 41, année 1945, p. 245).
Über die « Allgemeinen Kontokorrentbedingungen » der Banken. Ein Beitrag zum Bankrecht (dans SJZ, vol. 17, année 1920, pp. 129, 145, 164 ss. et vol. 19, année 1922, pp. 210 ss.).
- ZINGG, Ernst. *Musterbuch für zivilrechtliche Verträge, Erklärungen, Satzungen*, Berne, 1938.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
<i>PREMIÈRE PARTIE : LE CRÉDIT</i>	
Chapitre I. — La notion de crédit	15
Chapitre II. — La condition actuelle du crédit	25
Chapitre III. — L'octroi d'un crédit	29
Chapitre IV. — Le crédit et sa garantie	40
<i>II^e PARTIE : LA GARANTIE</i>	
Chapitre V. — La notion de garantie	51
Chapitre VI. — La cause de la garantie.	64
Chapitre VII. — L'objet de la garantie	70
Chapitre VIII. — La nature juridique de l'obligation de garantie	82
<i>III^e PARTIE : LA GARANTIE PERSONNELLE</i>	
Chapitre IX. — Des différents modes de garantie	109
Chapitre X. — Le cautionnement depuis la revision	141
Chapitre XI. — La substitution de garantie.	176
Chapitre XII. — La légitimité de la substitution.	189
BIBLIOGRAPHIE	233
TABLE DES MATIÈRES	245

Prix fr. 15.—